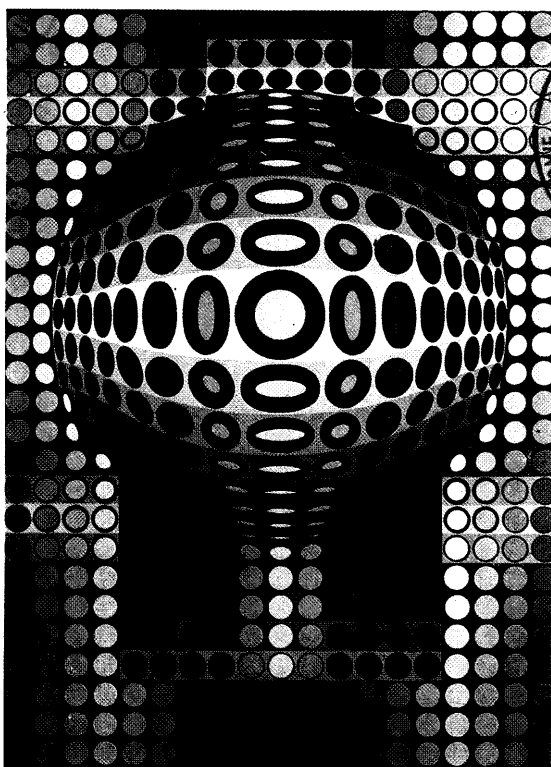


Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



" La seule découverte digne de notre effort est de construire l'Avenir "

(Pierre TEILHARD DE CHARDIN)

A VOIR NOTAMMENT

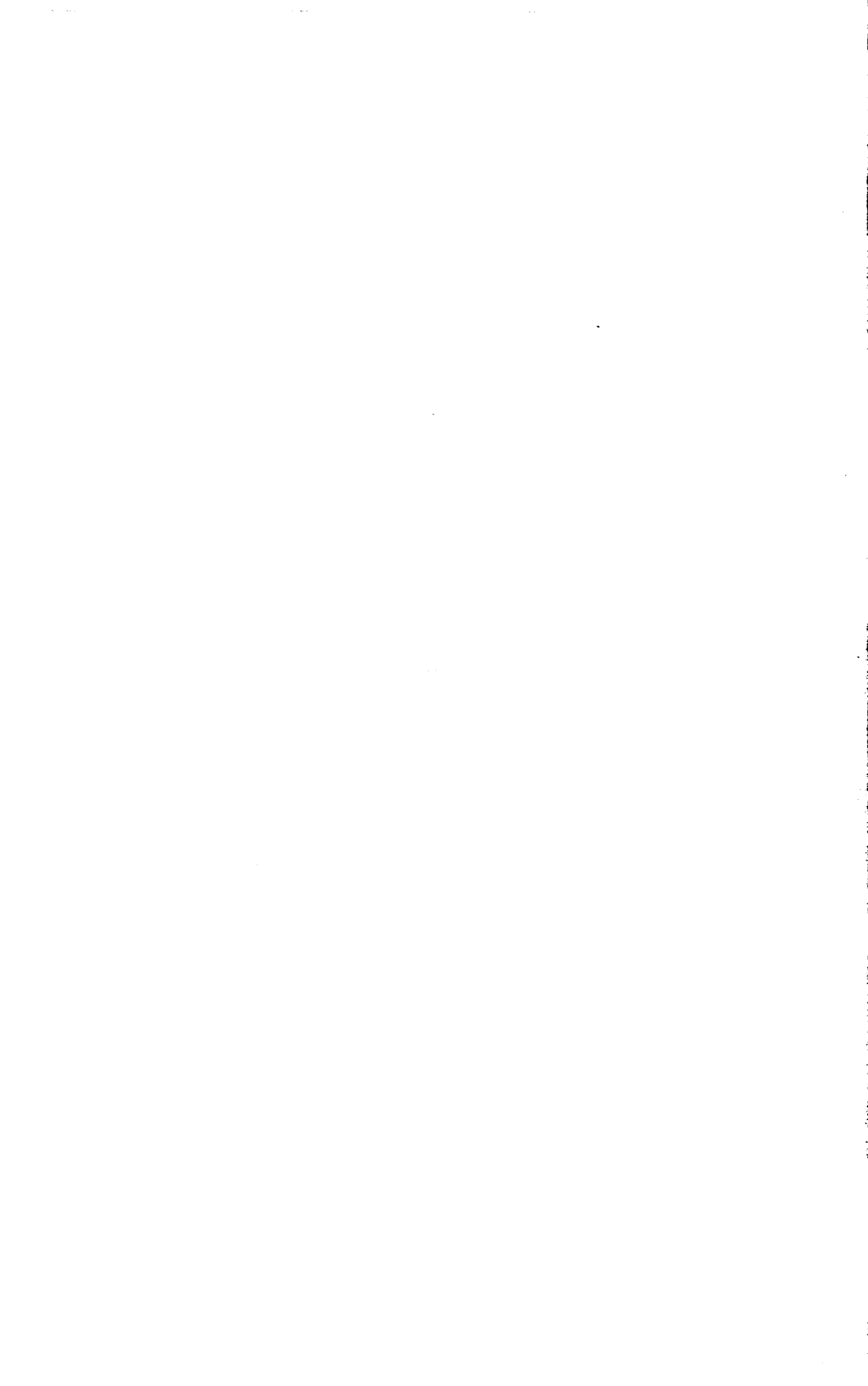
M. le Professeur Pierre CATALA

ÉBAUCHE D'UNE THÉORIE JURIDIQUE DE L'INFORMATION

Conférences de MM. MÖSCHEL, SHIMIZU, VITZTHUM

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1983-1



REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1983 - 1

Publiée par la FACULTÉ DE DROIT et de
SCIENCE POLITIQUE d'Aix-Marseille

avec le concours de l'U. E. R.
Recherches Juridiques de l'Université
d'Aix-Marseille III

Abréviation de référence : R. R. J.

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire à l'Université de Bordeaux I Membre de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C. N. R. S.)
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M. J.-M. ZAORSKI

Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	C. ATIAS	M. le Professeur	M. FLORY
M. le Professeur	D. BERRA	M. le Professeur	D. LINOTTE
M. le Doyen	F. BOULAN	M. le Professeur	J. MESTRE
M. le Professeur	Y. DAUDET	M. Le Professeur	J.-L. MESTRE
M. le Doyen	Ch. DEBBASCH	M. le Professeur	C. MOULY
M. le Président	L. FAVOREU		

Secrétariat et service commercial : Presses Universitaires
(abonnement) d'Aix-Marseille
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

ABONNEMENT : 3 numéros par an

Abonnement de Soutien : 300 F

Abonnement étranger : 240 F

Abonnement (France) : 160 F

Numéro (France) : 60 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille
C. C. P. 9404 - 15 E Marseille

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE

Sciences Juridiques, économiques et sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANÇAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

	Pages
ÉDITORIAL - par D. Linotte	7
ALFRED JAUFFRET - par C. Mouly	9
C. N. R. S. - POLITIQUE DE LA RECHERCHE	
Recherche - par B. Décomps	13
MÉTHODES DE LA RECHERCHE JURIDIQUE	
Quelques conseils de Méthode ... D'un autre âge ?	17
L'histoire des institutions : du hasard à la nécessité - par N. Rouland	19
CONFÉRENCES - LEÇONS - DISCOURS	
La déconcentration, un instrument de la politique de concurrence ? par W. Möschel	43
Réalité du Pacifisme de désarmement dans la Constitution Japonaise par le Professeur Shimizu	59
Vers un nouvel ordre nucléaire international - par W. G. Vitzthum	65
TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN	
L'évolution de la fonction publique locale - par D. Linotte	85
LES PAGES DE PHILOSOPHIE DU DROIT	
Le mythe du pluralisme civil en législation - Observations complémentaires par Ph. Rémy	91
Droit et Liberté - par J.-C. Ricci	93
Réflexions peu conformistes sur l'autorité dans la société - par J.-B. d'Onorio	101
Réflexions introductives sur le procès - par M. Bastit	123
Le juge et l'espèce - par G. Barden	134
Le procès révélateur - par S. Goyard-Fabre	143
De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit par M. Villey	155
Laboratoire d'épistémologie juridique	164
Le Roi est nu et, peut-être, en plus, mal lavé - par J. Hurwic	166
Fiche de lecture N. 16 : J. Grappin	177
Fiche de lecture N. 17 : R. S. Kuhn	179
ÉTUDES	
Ébauche d'une théorie juridique de l'information - par P. Catala	185
La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - par J. Frayssinet	201

EDITORIAL

Par Didier LINOTTE

L'introduction de l'informatique en matière juridique change progressivement, et va changer plus encore, beaucoup de choses. Tout le monde le sait, le dit, le redit, essaye d'en convaincre les autres ou de s'en persuader soi-même. Et pourtant, en mesure-t-on suffisamment les implications et toutes les espérances ? Accomplit-on tous les efforts d'information et de formation qu'un tel changement technique impose ?

On sait que les banques de données juridiques vont considérablement modifier les conditions de la recherche dans nos disciplines. Là où la composition d'une bibliographie de Thèse pouvait exiger plusieurs semaines voire plusieurs mois il n'est pas déraisonnable de penser que les heures, sinon les minutes, deviendront les unités appropriées au décompte du temps passé à chercher le fonds documentaire. La recherche, parce que plus systématique, pourra également reposer sur un fondement plus fiable. Ainsi le fichier législatif informatisé du Secrétariat Général du Gouvernement —Lex— permet-il de connaître les cascades législatives et réglementaires avec une actualisation à huit jours près. En diffusant mieux la jurisprudence et les sources indirectes du droit on peut même penser que c'est le *fond même des règles de droit* qui peuvent, dans une certaine mesure, se trouver affectées par l'existence des banques de données (C. E. D. I. J., Juris-Data, Sidonie, etc...). Parallèlement on commence aussi à s'apercevoir de ce que l'informatique n'est pas la panacée. Pas dans tous les cas de figure, en toute hypothèse. On sait des situations où un fichier manuel bien tenu est plus opérationnel et le restera longtemps encore.

Mais les changements introduits par l'informatique en Droit vont dépasser et de loin le changement dans l'ordre de la pure pratique instrumentale de la recherche.

Le juriste, en s'initiant à la *science et à la technique informatique*, ou au moins en fréquentant ou en intégrant des informaticiens à ses équipes de recherche, va modifier son propre savoir, sa propre façon de voir. Peut-être accèdera-t-il à un statut scientifique plus large par ce biais ? Pour la première fois dans l'Université les juristes eux aussi auront des «moyens lourds» dans leurs laboratoires.

De *nouvelles professions juridiques* naissent sous nos yeux : on pense, par exemple à l'emploi, fondamental pour la fiabilité de l'outil, de rédacteur d'abstrat.

C'est pour prendre une meilleure conscience de ces phénomènes que la *Revue de la Recherche Juridique* a consacré l'essentiel de ce numéro aux travaux de deux spécialistes reconnus en la matière : Pierre CATALA et Jean FRAYSSINET. Que ce nouveau numéro de la *Revue* ouvre ainsi pour 1983 une année *vraiment nouvelle* pour la prospective et la Recherche Juridique.

ALFRED JAUFFRET

Alfred JAUFFRET vient de nous quitter, le 27 janvier 1983. Hier encore, alerte et souriant, il allait de Mexico à Caracas ou à Lisbonne. Aujourd'hui, après l'hommage que ses amis lui ont rendu, si nombreux, dans la trop petite église de la Madeleine, la Revue de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, qui fut sa seule Faculté et qui lui doit tant, voudrait par ces quelques lignes perpétuer l'image du collègue que nous ne pourrons plus cotoyer. S'il faut pour cela accuser quelques uns de ses traits, nous dirons de lui qu'il fut et restera, par son œuvre, un esprit de clarté et un homme d'ouverture.

La clarté du raisonnement d'Alfred JAUFFRET inonde tous ses écrits. Il excellait dans la synthèse, dans les choix qu'impose le raccourci et cette clarté a fait de lui l'un des commercialistes les plus renommés de notre pays. Ses deux manuels, de droit commercial et de procédure civile, méritent beaucoup mieux que l'étiquette de capacité et continuent d'inspirer enseignants et étudiants de tous niveaux. En cherchant à dégager l'essentiel, il accomplissait l'œuvre primordiale de la Doctrine. Sa part du traité de droit commercial, écrit dans une effective collaboration avec Joseph Hamel et Gaston Lagarde, irradie les mêmes vertus. Les rubriques clés de l'Encyclopédie Dalloz qu'il a rédigées dans les deux éditions sont, tout autant que ses fascicules du Jurisclasseur, mieux que des articles de Répertoire, des morceaux de doctrine d'une cohérence qui mérite d'être citée en modèle. Traitant des actes de commerce, du commerçant, du fonds de commerce ou du registre du commerce, il avait su dresser de ces questions épineuses un tableau aussi clair que complet qui a contribué à l'assise du droit commercial. Ces notions de base du droit commercial sont de contours imprécis ; elles offrent prise à la discussion, aux contradictions parfois. Alfred JAUFFRET a su en souligner les avantages et les excès, en clarifier l'origine. L'exemple bien choisi, l'analyse qui dégage les lignes de force, la synthèse qui résume les principaux caractères sont parmi les aspects d'une œuvre qui, dans cette matière pourtant si fluctuante, lui servira longtemps. La chronique de jurisprudence qu'il a tenue à la Revue Trimestrielle de Droit Commercial dans les mêmes domaines, pendant 30 ans, de 1948 au début de 1977, devait son intérêt aux mêmes qualités.

Alfred JAUFFRET était aussi un homme d'ouverture. Ce Provençal qui a fait toute sa carrière à la Faculté d'Aix, qui est toujours resté attaché à ses vallons de New Pourcell et à ses plaines de Pont-Royal, que traverse le fameux canal de Craponne a sillonné le monde, parcouru les pays, contacté toute les nationalités. Son étonnante mémoire lui permettait de citer noms et circonstances dans les conversations riches et enjouées ; son intelligence lui permettait d'en tirer les fruits et d'en faire profiter autrui. Dans toute son œuvre on retrouve la pointe de comparaison qui enrichit les appréciations, qui éclaire les explications. Ce droit commercial, dont il avait exploré tous les aspects, il l'avait conçu comme un droit ouvert : ouvert sur l'étranger, et sa

.../...

contribution au Code de commerce éthiopien en est un fleuron, ouvert sur la pratique dont il savait apprécier les méthodes, trier les apports, critiquer les défauts, ouvert sur la réflexion.

Cet esprit d'ouverture, Alfred JAUFFRET n'avait jamais manqué de le manifester à ses étudiants et à ses collègues, particulièrement aux plus jeunes qu'il accueillait toujours avec la même jovialité. Ses attitudes, cette cordialité contribueront à conserver dans nos mémoires l'enseignement d'Alfred JAUFFRET.

C. MOULY

R. R. J. 1983
Pages 11 à 14

C. N. R. S.
POLITIQUE DE LA RECHERCHE

RECHERCHE

Par Bernard DECOMPS

Directeur de la Recherche *

La transformation de la mission de la Recherche en Direction a été voulue pour marquer l'importance de la recherche dans l'Éducation Nationale. Cette recherche, effectuée dans le cadre des Universités, des Grands Établissements et des Écoles se caractérise, du fait de l'autonomie dont elle bénéficie, par une riche diversité, avec pour corollaire l'insuffisante connaissance qu'on en a. Les termes du programme sont donc clairs : mieux valoriser la recherche universitaire, dans le respect de son autonomie, et pour cela mieux la connaître dans le cadre de sa diversité.

1 - La valorisation dans le respect de l'autonomie reposera sur une politique de contrats pluri-annuels de développement, passés entre la Direction de la Recherche et les établissements. Négociés parallèlement pour tous les établissements d'une même région, ces contrats permettent :

- de respecter les constantes de temps de la recherche qui s'accommodent mal d'une négociation annuelle liée à la périodicité budgétaire,

- de tenir compte au maximum de l'évolution des relations extérieures des établissements, notamment avec les organismes nationaux de recherche et les régions,

- d'assurer l'étroit couplage nécessaire entre politique de recherche et politique de formation.

Les objectifs de ces contrats seront de soutenir les domaines de recherches bien développés, de favoriser l'émergence d'équipes nouvelles et par là, le renouvellement des hommes et des thèmes, de structurer certains milieux ou certains secteurs qui le nécessitent (recherche technologique, biologie « traditionnelle », pharmacie, certains domaines de sciences sociales et humaines).

La négociation de ces contrats par la Direction reposera sur une mission scientifique renforcée à cet effet et pouvant elle-même s'appuyer sur une équipe permanente de chargés de mission (bureau des contrats d'établissements).

Pour assurer au mieux la diffusion vers l'extérieur de la recherche universitaire, un bureau de la valorisation, des publications et de l'information a été créé, qui poursuivra à la fois un effort d'information générale et des actions plus précises soit en matière de valorisation et de brevets, soit en matière de publications.

* Extrait de SUP « l'actualité de l'enseignement supérieur » n. 0 juillet 1982.

2 - La connaissance dans le cadre de la diversité s'obtiendra :

- d'une part grâce à une mémorisation, par l'informatique, des informations fournies par les établissements à l'appui de leurs projets de contrats. C'est à cet effet qu'a été créé un bureau de la planification et de la documentation,

- d'autre part, grâce à une évaluation des résultats obtenus au terme des contrats. Les mêmes experts ne devant pas juger les résultats des actions qu'ils ont engagés, il doit être mis en place dans les prochains mois une instance nationale d'évaluation des résultats de la recherche universitaire, représentative, par voie élective, de la communauté scientifique. Une division des commissions scientifiques d'évaluation a été créée pour en assurer le fonctionnement et en exploiter sous forme de synthèse, les rapports sectoriels ou par établissements et régions.

R. R. J. 1983
Pages 15 à 40

MÉTHODES DE LA RECHERCHE

QUELQUES CONSEILS DE METHODE ... D'UN AUTRE AGE ?

Ch. DU MOULIN,

Avertissement au lecteur, en tête du *Commentarius in Codicem Justiniani* (Opera, t. IV, 2e partie, cc. 1-4) (1).

«o miseras himum mentes, o pectora caeca ! Quid enim vilius et abjectius, aut quae major animi caecitas esse potest, quam nihil per se sapere, nihil judicare, totum ex alieno sensu iudicioque pendere ? Nulla duci ratione, sed quasi pecudes aliorum sententia nutuque tantum moveri ac regi ?... Sunt igitur illi Jurisconsulti maximis laudibus ornandi, qui non tantum verbis, sed mente, vi ac potestate legum decernant, communemque sententiam non ut communem, sed si optimis rationibus sit suffulta, recipiunt, ab eaque evidenter falsa discedunt».

P. FONTANIER,

Les figures du discours, 1827-1830, Flammarion 1977, introduction G. Genette, p. 29.

«Il en est de cette science comme de tant d'autres, il faut bien moins la recevoir toute faite que la faire en quelque sorte soi-même ; et travailler à la faire est la seule bonne manière de l'étudier ; comme c'est la seule bonne manière de l'enseigner que d'apprendre à la faire.»

PROUDHON,

Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation, t. 1, préface, 2ème éd., 1836, p. XVIII.

«La tête la plus remplie des souvenirs d'arrêts divers, doit être naturellement la plus vide d'idées sur les grands principes du droit, parce qu'elle appartient à l'homme qui s'est fait une étude de ne penser que par les autres.»

E. THALLER,

Traité élémentaire de droit commercial, Rousseau, 1898, préface, p. III-IV.

«L'essentiel pour les débutants est d'apprendre à raisonner plutôt que d'avoir des raisonnements tout préparés : sous ce rapport les principes ne sauraient être mis trop en évidence».

(1) Cité dans le merveilleux et si utile ouvrage de J.-L. Thireau, Charles du Moulin (1500-1566), Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance, Droz, 1980, p. 150-151.

V. MARCADE,

Explication théorique et pratique du Code Napoléon, t. 1, 6ème éd., 1866, p. XVIII à XX.

«C'est précisément pour substituer le raisonnement à l'autorité des traditions, que j'ai entrepris mon travail ; c'est pour remplacer les idées de convention par des idées logiquement appréciées ; c'est pour revendiquer dans la doctrine écrite l'exercice plein et entier du droit de libre examen et de franche discussion.

Si beaucoup de professeurs, même des plus consciencieux, des plus justement honorés, n'ont pas su s'affranchir de cette soumission exagérée à la tradition, de ce respect pour l'autorité poussé jusqu'au fétichisme, il en est heureusement d'autres qui marchent depuis longtemps dans la voie contraire ; et, pour ne parler que de l'École de Paris, on sait ce que l'étude du Code civil présente de franche discussion, d'examen indépendant et de vivifiante critique, dans les cours de MM. Bugnet, Oudot et Valette».

L'HISTOIRE DES INSTITUTIONS : DU HASARD A LA NECESSITE

Par Norbert ROULAND
Maître-Assistant à l'Université d'Aix-Marseille III

Dans le cycle des études juridiques, l'histoire des institutions n'est élevée à la dignité de matière fondamentale qu'en première année de DEUG à l'Université d'Aix-Marseille III et fait à ce titre l'objet d'un double enseignement : cours magistral et travaux dirigés. Mérite-t-elle cette place ? Il faut clairement poser cette question et y répondre, avant de définir son objet et ses méthodes.

A — LE ROLE DES ENSEIGNEMENTS HISTORIQUES DANS LES FACULTÉS DE DROIT

a) L'étiololement des enseignements d'histoire juridique

Clio ne joue plus qu'un rôle subalterne dans la formation de nos étudiants en droit. Il n'en fut pas toujours ainsi. Depuis la création des Facultés de droit (1806), le cours de Pandectes était l'un des enseignements fondamentaux de la licence. Le cours d'Histoire du Droit français n'a été créé —et avec lui la discipline relative— qu'en 1880. Parmi les réformes successives de la licence celle de 1926 dont le programme et les contenus n'ont pas bougé jusqu'en 1954, organisait un cours annuel de droit romain en première année, doublé d'un cours annuel d'Histoire du droit français (essentiellement de droit public) des invasions à la Révolution, outre un semestre de droit romain en deuxième année (droit des obligations). La réforme de 1954 a porté les enseignements historiques à leur niveau maximum. C'était le triomphe de la «longue durée», puisqu'en première année existait un cours annuel d'histoire du droit (public et privé) depuis Babylone, et, en seconde année, un cours annuel allant des invasions ... au gouvernement de Guy Mollet. S'ajoutaient en troisième année deux cours semestriels d'histoire du droit privé (romain et français), l'un sur les Biens, l'autre sur les Personnes. A l'heure actuelle, on ne peut que s'étonner de la longueur du chemin ... à rebours qui a été parcouru. Que représente aujourd'hui pour nos étudiants le droit romain ? Au mieux, un nom prestigieux et vide de tout contenu. Quant à l'histoire du droit, sa marginalité est évidente, au point qu'on peut s'interroger sur les responsabilités dues à l'oubli, au hasard, ou aux volontés délibérées dans ce processus de déclin. Au niveau auquel nous sommes parvenus, l'étonnant ne serait d'ailleurs plus que la place de l'histoire se soit réduite, mais plutôt qu'elle existe encore. A cette décrépitude, plusieurs facteurs ont concouru. Une certaine tradition de l'enseignement de l'histoire du droit tout d'abord, propre à rebuter les meilleures volontés dans un monde où —qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite— la rapidité des mutations et le déli-

tement de systèmes de valeurs séculaires poussent aux remises en question, aux innovations et à la recherche de l'authenticité au-delà des conventions purement formelles. Redoutables défis posés au juriste par le monde contemporain, car celui-ci affectionne la technique et éprouve souvent quelques difficultés à repérer derrière elle le signifié. C'est ainsi qu'on a trop longtemps confondu histoire du droit et histoire de la règle de droit. Or la réalité des pratiques juridiques s'écarte souvent du discours normatif : l'histoire du droit se doit aussi de montrer en quoi et pourquoi les hommes ne se plient pas toujours au droit, et décrire les facteurs qui le créent, l'étirent ou le déchirent. Il existe assurément une logique formelle de la transformation diachronique du droit, mais elle trouve son dynamisme en dehors d'elle-même, dans l'ajustement complexe et incertain des rapports de force politiques et sociaux, et dans les enjeux symboliques que le pouvoir utilise. Prenons un exemple dans le droit romain des obligations, qui a le mieux survécu jusqu'à nos jours. Dans le très ancien droit romain, le vol et la violence ne constituaient point des vices du consentement : celui qui s'était laissé berné ou avait succombé à des pressions ou menaces avait quand même consenti et devait donc exécuter ses obligations. Plus tard, le droit romain classique adoptera la solution contraire, qui régit encore notre droit des obligations. Une analyse purement formelle ne verra dans le premier état de la question qu'un archaïsme, auquel aurait remédié plus tard une pensée juridique perfectionnée et «éclairée». La réalité est tout autre, et d'ordre socio-politique. La société romaine archaïque était très inégalitaire, et la connaissance du droit et de la procédure était le monopole des groupes dirigeants et de leurs affidés. Reconnaître le droit à l'erreur de ceux qu'ils dominaient ou les laisser échapper aux violences dont ils n'hésitaient pas à user dans la pratique contractuelle aurait été un non-sens. Il ne s'agit donc nullement d'un archaïsme, mais de la manifestation juridique d'une volonté politique. Une histoire purement technique du droit était certes plus confortable, parce que sécurisante : qui ne préférerait spontanément l'assurance d'une mathématique juridique à l'incertitude du réel ? Malheureusement, les mathématiques donnent trop souvent l'image d'un monde réduit à un seul type de logique, alors que le vivant, dans sa complexité, en voit se croiser plusieurs, où l'imaginaire a sa part. Reste à expliquer pourquoi ce type d'enseignement, longtemps accepté et même valorisé, est aujourd'hui caduc.

b) Les raisons du déclin tiennent à mon sens aux formidables progrès dont on doit créditer les sciences dites humaines depuis le début du siècle. Celles-ci ont affiné leurs instruments et dilaté le champ de leurs objets, tenté de débusquer sous le foisonnement des signes —dont les règles de droit ne sont qu'une catégorie— l'agissante dynamique des forces structurelles, qu'elles participent de l'économie ou des représentations symboliques, d'autant plus réelles qu'elles sont moins facilement discernables. Comme l'a dit C. Lévi-Strauss, personne n'a jamais vu une structure, mais tout se passe comme si elle existait. Si l'Histoire et le Droit sont des sciences de la société et du changement social, l'histoire du droit et son enseignement ne peuvent, sous peine de mort, prétendre se tenir à l'écart de ce puissant mouvement. Non seulement sur le plan scientifique, mais au niveau de leur audience parmi les étudiants. Car la télévision et la presse

reflètent, même en le simplifiant, ce changement du regard que pose l'homme sur lui-même, son histoire et sa vie sociale. Le divorce entre le vécu et l'enseigné qui résulterait de la persistance d'une conception formelle de la *Rechtsgeschichte* deviendrait vite insupportable, et expliquerait une certaine désaffection envers l'histoire du droit, ressentie comme l'étude inutile d'un passé révolu, alors que la nécessité de l'histoire ne peut naître que des interrogations qu'elle suscite sur notre présent, et des réponses que parfois elle y apporte. Mais les enseignements historiques du droit ont eu concurremment à subir l'influence de facteurs externes. Accusée de ne former que des professeurs et de mal préparer à la vie professionnelle, l'Université depuis quatorze ans s'est appliquée à développer la finalité pratique de ses enseignements. Ce mouvement s'est traduit dans nos facultés de droit par une inflation des enseignements à caractère « technique », au détriment des matières dites « critiques », auxquelles appartient évidemment l'Histoire. Peut-être a-t-on oublié dans un monde où les changements s'accroissent, le contenu des règles de droit est appelé à se modifier sans cesse, et l'étudiant parvenu à la vie professionnelle à se recycler périodiquement. Dans ces conditions, l'enseignement que nous lui dispensons ne doit-il pas essentiellement le former à une méthode, lui faire acquérir un regard, une attitude critique (critique n'est point forcément synonyme de contestation, mais revêt plutôt à mon sens la signification de lucidité) qui seuls pourront lui permettre d'assumer les ajustements nécessaires de ses connaissances au rythme des changements ? Dans cette optique, l'histoire du droit, qui est la discipline qui étudie les modalités et les causes des mutations des discours et pratiques juridiques, ne peut être que d'une évidente nécessité. Ajoutons enfin que la rapidité des mutations contemporaines n'est pas seule en cause. Qu'on le veuille ou non, le champ de la réglementation juridique connaît un accroissement d'ordre géométrique, signe de sa difficulté à discipliner la vie sociale. Face à la multiplicité des normes et de leurs sources, et à l'évidente impossibilité pour les enseignants et les étudiants de les prendre toutes en compte et les mémoriser, plus que jamais la nécessité d'une certaine distance, d'un recul qui seul permet la classification et l'ordonnement logique s'impose. De cet écart l'histoire du droit est porteuse, parce qu'elle permet à l'étudiant grâce à l'effort de synthèse qu'elle nécessite de s'élever au-dessus du transitoire et de l'apparent.

c) Pour une anthropologie historique du droit

Nécessaire, elle l'est donc à plus d'un titre.

D'abord, donc, parce qu'elle permet d'acquérir une méthode et de parvenir à une certaine lucidité. Celui qui s'interroge sur les processus et les causes du changement social et des mutations juridiques qui l'accompagnent apprend à faire le tri entre l'éphémère, le durable, le permanent, entre l'accessoire et le principal, entre le structurel et le formel. Derrière les glissements hiérarchiques des sources du droit et leurs interpénétrations au cours des quatorze siècles de monarchie française, l'étudiant apprendra par exemple à repérer et mesurer le poids variable de l'état, des communautés intermédiaires, du volontarisme individuel. Il découvrira aussi que les mécanismes institutionnels et idéologiques des pouvoirs autoritaires peuvent se réduire à un certain

nombre de modèles existant en nombre fini dont notre monde contemporain n'a pas l'exclusivité. On pourrait multiplier ces exemples. *Disons seulement que l'histoire met celui qui s'y intéresse à l'épreuve de la diversité et l'oblige à la dominer.* Or le droit exige des juristes les vertus de la clarté et de l'esprit classificatoire. Cela plus que jamais dans un monde où, je l'ai dit, le caractère de plus en plus éphémère des normes, leur inflation, les revirements de jurisprudence, ôtent à la règle juridique les caractères qui passèrent longtemps pour la définir : la régularité et la permanence. Voyageant dans ce paysage mouvant, le juriste n'évitera de s'y perdre que s'il sait en acquérir une vue d'ensemble, que l'histoire peut rendre plus perçante. Mais l'incertitude contemporaine de la norme juridique ne tient pas uniquement à sa profusion et sa précarité, mais aussi à la confrontation des systèmes de valeurs —et le droit en est un— qu'accélèrent depuis une génération la «mondialisation» des grands problèmes économiques, politiques et sociaux, et les moyens modernes de communications de l'information. A ce point crucial de notre évolution devrait se situer et s'étendre la place de l'anthropologie juridique, à laquelle l'histoire du droit ne peut que se joindre. Nos étudiants doivent savoir que la conception du droit et des droits, que les procédures de résolution des conflits que supposent parfois leur mise en œuvre ne sont pas les mêmes partout : les pays socialistes, ou les nations du Tiers-Monde à la recherche d'une identité où l'acculturation juridique tisse un droit nouveau en tentant d'aménager le voisinage entre le droit étatique et le droit coutumier inventent souvent des solutions juridiques bien éloignées de notre tradition occidentale. Si le droit ne consiste pas seulement en une capitalisation de règles, mais veut être une des sciences de l'homme —ambition à mon sens tout à fait légitime— c'est l'homme dans la diversité des situations de la durée et de l'espace qu'il doit tenter de saisir pour en restituer l'unité.

On comprend par ce qui précède que l'attitude à laquelle doivent pouvoir conduire l'histoire et l'anthropologie juridiques est celle d'une réflexion critique. L'étudiant ne devra pas se contenter de connaître les règles. *Mais surtout il aura pour ambition et inquiétude de savoir les intentions dont elles procèdent,* l'écart entre le discours et les pratiques juridiques (c'est justement cet écart qui explique en grande partie l'évolution des systèmes juridiques), leurs liaisons avec les hiérarchies sociales et les modifications de la production et de la circulation des biens, les formes et les raisons de la diversité contemporaine des systèmes culturels et leurs productions juridiques. Vaste programme, m'opposera-t-on. Certes. Mais il n'est pas question de l'accomplir dans la totalité de ses dimensions diachroniques et géographiques dans le cadre d'un cours de première année : le choix par l'enseignant de certaines périodes ou ensembles culturels dans le respect des programmes universitaires suffirait à fournir à l'étudiant un exemple de ce que la méthode historico-anthropologique peut lui apporter. Certaines matières déjà y concourent : la criminologie, le droit comparé, le droit international privé, la science politique étirent les dimensions de l'horizon juridique familial. Mais d'autres, rarement enseignées —telles que la sociologie juridique ou la philosophie du droit— contribueraient puissamment à ce dépaysement qui seul permet ensuite d'opérer les analyses au niveau de pro-

fondeur voulu pour qu'elles soient réellement explicatives. Car l'étude des différences conduit à l'intelligence au sens étymologique du terme, qui exprime la faculté de pouvoir comprendre, choisir, en somme, de «voir clair». L'historien et l'anthropologue du droit, pour rendre intelligible l'apparente incohérence des variations, devraient être en mesure d'induire les liens qui unissent les normes juridiques, les pratiques sociales, la motricité ou les résistances de l'économie, et les manières qu'ont les couches dominantes et le peuple des dominés de les percevoir. C'est dire que leurs disciplines sont porteuses de cette exigence sans cesse réaffirmée de nos jours (ce qui conduit à penser qu'elle n'est qu'imparfaitement remplie) de pluri-disciplinarité. D'abord pour l'historien du droit lui-même qui ne peut plus songer à étudier la règle de droit sans la situer dans un ensemble et les variations qui l'affectent : il y a déjà un demi-siècle qu'en anthropologie les penseurs fonctionnalistes ont clairement formulé cette exigence. Mais cette pluri-disciplinarité doit aussi jouer à un niveau interne. Trop souvent l'étudiant perçoit les conventions des découpages des enseignements qui lui sont dispensés comme des résultantes concrètes de clivages épistémologiques. Combien d'étudiants sont capables de relier les données fournies par le droit constitutionnel, administratif, le droit civil et la science politique ? Assurément fort peu. Or l'histoire et l'anthropologie pourraient apporter leur contribution à un nécessaire effort fédérateur, parce que justement elles considèrent des systèmes juridiques dans leur totalité, et ont pour condition première de l'intelligibilité de leurs objets l'esprit de synthèse. Encore faut-il pour y parvenir que les historiens du droit consentent à goûter les saveurs nouvelles de l'anthropologie, et à les faire partager à leurs étudiants. Tous y gagneraient, et je ne peux ici que souscrire aux propos du Professeur J.-N. Lambert :

«L'ethnographie ayant pour objet une unité culturelle particulière et, par là, un caractère descriptif, l'ethnologie qui s'étend à des unités culturelles diverses a un caractère comparatif et le comparatisme pratique par elle vient au secours de l'histoire, l'orienter et lui fait retenir l'essentiel à travers un tamis qui laisse passer le contingent et le circonstanciel (...)

Procédant du présent des sociétés ethnographiques, on remonte mieux dans le passé des sociétés historiques, et cela est particulièrement précieux pour les vieilles sociétés européennes, beaucoup moins pour les États d'Amérique où, nous l'avons vu, l'ethnologie s'est orientée de façon originale. Celles-là ont absolument besoin pour comprendre leur présent et tenter d'entrevoir leur avenir de connaître leur passé. Or, par définition, leur histoire, l'histoire hellénique, l'histoire romaine ont eu un effet terriblement destructeur de leurs commencements et, quelle que soit l'abondance des documents de toutes sortes qu'elles mettent à notre disposition, elles furent trop riches pour ne pas effacer les traces de leurs premiers pas.

Il appartient à l'ethnologie d'éclairer les matériaux que nous en exhumons à grand-peine. Certes, elle n'apportera rien à l'histoire événementielle. Mais les historiens qui s'attachent à l'exploration du domaine social,

économique et juridique ont beaucoup à attendre d'elle et ce sont, tout naturellement, les historiens du droit qui, sortant de leurs sentiers familiers, descendant de leur tour d'ivoire, doivent s'ouvrir aux merveilleuses possibilités heuristiques qu'elle offre.

Ce faisant, il faut que partant du droit, champ bien clos et délimité de nos sociétés modernes, ils se risquent dans un monde où il est encore noyé dans l'immense complexe que nous avons appelé la Justice et qui se confond avec la religion : historiens des droits classiques, ils y deviendront des anthropologues culturels, des palethnologues, et auront à se faire mythologues.

Peut-être est-ce cela qui les en détourne si malheureusement et rend à leurs yeux peu enviable d'emboîter le pas aux Frazer, aux Frobenies, aux Mirceas Eliade. Peut-être aussi est-ce, en France, que les historiens du droit ne se ressentent que comme les auxiliaires des privatistes et des publicistes qui enseignent le droit positif. Le droit, comme la médecine, est moins une science qu'un art : son étude a d'abord une finalité pratique et il en est ainsi depuis le droit romain. Puissent-ils se rappeler cependant que toute science appliquée suppose derrière elle une science fondamentale : l'érudition palethnologique est cette science fondamentale» (1).

d) L'histoire au présent

Tout ce qui précède incline à penser que les enseignements historiques donnés dans les facultés de droit n'ont en définitive qu'une justification : celle de former nos étudiants à une meilleure compréhension du présent. Car si l'histoire n'est que l'étude muséographique du révolu dont la qualification de «culturelle» n'est que le masque dérisoire d'un luxe désuet et inutile, je serais alors le premier à militer pour sa disparition. Mais il ne faut justement pas confondre l'étude du passé et celle du révolu. D'abord parce que l'écart culturel ne se confond pas nécessairement avec l'écart chronologique : des périodes reculées peuvent offrir des points de similitude plus nombreux avec la nôtre que des époques plus «proches» dans l'échelle du temps. La Rome de Cicéron, confrontée aux difficultés nées de la surpopulation urbaine, du chômage, de l'exode rural, en proie aux pratiques du découpage électoral et soumise à l'influence écrasante des puissances d'argent dans la vie politique, parle plus à notre sensibilité et offre plus d'échos à nos interrogations présentes que, par exemple, la France féodale, pourtant de dix siècles sa cadette. La remarque est d'ailleurs doublement pertinente pour le juriste, qui affirme sans cesse sa dette envers le droit romain. Si ce coup de chapeau est uniquement une clause de style, mieux vaudrait s'en dispenser. S'il entend au contraire exprimer une authentique créance que possédaient sur nous les jurisconsultes romains, il conviendrait d'accorder plus d'attention dans la formation de nos étudiants à la fois au contenu de ce droit, et à la civilisation qui l'a engendré. L'observation

(1) J.-N. Lambert, La méthode du juriste ethnologue, communication au Xème congrès international de droit comparé (section IA.2), 23-30 août 1978.

ne procède nullement de l'académisme ou d'un plaidoyer *pro domo*, mais d'expériences vécues dans l'enseignement : à maintes reprises, des étudiants de première année m'ont demandé d'éclairer leur lanterne sur ce droit romain aussi encensé que, pour eux, mystérieux. Mais l'Histoire doit se conjuguer au présent pour une autre raison que celle des similitudes culturelles. Si la chronologie purement mathématique est de ce point de vue trompeuse, comme on vient de le dire, elle peut encore nous égarer à un second niveau.

Les acquis récents de la science historique s'accordent à montrer depuis F. Braudel, relayé par des noms aussi prestigieux que ceux de G. Duby, J. Le Goff ou E. Le Roy-Ladurie, que *l'écoulement du temps, les processus de mutation, s'organisent en des rythmes différents. Tout ne change pas en même temps, ni à la même vitesse : les lieux historiques sont traversés de vents divers.*

F. Braudel, qui étudie la naissance et le développement du capitalisme en Occident depuis la Renaissance, montre que l'économie ainsi qualifiée n'a point envahi tous les niveaux de la circulation des biens : des secteurs entiers de l'organisation de la production, de la circulation et de la consommation des biens sont durant des siècles restés à l'écart des zones vivifiées par le dynamisme marchand. G. Duby établit quant à lui dans son dernier ouvrage (*Le chevalier, la Femme et le Prêtre*) que la conception féodale du mariage, née aux environs de l'an 1000, a survécu quasiment jusqu'à nos jours. La « crise du mariage » et les recherches de nouveaux rapports de couple que nous vivons de façon si spectaculaire n'est que la remise en cause de ce modèle qui a perduré de façon millénaire, alors que pourtant, autour de l'institution matrimoniale, l'environnement social, économique, politique et mental s'était totalement renouvelé depuis les lointains féodaux. Il existe donc non une, mais *des* permanences du passé dans notre présent le plus immédiat, et comment les reconnaître sans l'éclaircissement de la vision historique ?

e) L'altérité, enjeu de l'anthropologie juridique historique

Signalons enfin que l'anthropologie ouvre à ces perspectives une nouvelle dimension. Les sociétés dont s'occupent les anthropologues ont été qualifiées successivement de sauvages, puis primitives, archaïques, et enfin « traditionnelles ». Disons plus simplement qu'ils s'attachent à l'étude des ensembles de population dont les formes culturelles sont différentes des nôtres. Ces ethnies sont vivantes, quoique le plus souvent transformées par l'acculturation engendrée par le processus colonial et ses séquelles, en tout cas présentes. Le champ des différences s'étale là sur des espaces géographiques plus que dans la durée chère à l'historien. Mais le problème fondamental reste finalement le même : comment rendre compte des intensités différentes d'altérité, et peut-on concevoir que les écarts tracés entre eux et nous par l'espace et/ou le temps sont ou non franchissables ? Encore une fois, il s'agit de problèmes qui débordent le seul cadre de la réflexion universitaire, et dont la solution conditionne en large partie l'avenir de l'espèce humaine. La quasi-totalité des grands organismes internationaux, les personnalités mondialement les plus reconnues, les chefs d'état eux-même s'accordent à voir dans l'avenir du Tiers-Monde, un pro-

blème crucial de notre époque : le difficile établissement du « dialogue » Nord-Sud en témoignage. Comment espérer en venir un jour à bout sans recourir à la vision à la fois anthropologique et historique, qui concourt puissamment à l'inventaire, la qualification, et l'harmonisation — sinon la réduction — des différences ? Car il faut répéter que si l'Autre — qu'ils s'agisse d'un individu, d'une nation, ou d'une culture — paraît souvent *différent*, c'est la qualité du regard que nous portons sur lui qui le rendra ou non *étranger*. L'histoire et l'anthropologie offrent à celui qui doit s'affronter à ce problème cardinal de l'appréhension des différences un champ d'expériences quasiment illimitées. Citons deux exemples à l'appui de ce propos. L'émergence actuelle sur la scène internationale du monde arabe, la part capitale qu'y prennent l'idéologie et la religion et le refus de l'acculturation d'origine occidentale qui les sous-tendent nous demeureront incompréhensibles — et de ce fait grosses de conflits — si nous n'acceptons pas de voir en quoi et pourquoi ces populations ont des *formes* de pensée autres que les nôtres : ne nous y trompons pas, en ce domaine l'économie et la politique n'expliquent pas tout. Autre exemple, beaucoup plus modeste, que le lecteur voudra bien m'excuser de tirer de mon expérience personnelle. Au cours de plusieurs missions effectuées il y a quelques années dans l'Arctique canadien, j'ai été amené à étudier le problème des revendications territoriales des Indiens et Esquimaux du Nord-Québec. L'enjeu est certes économique et politique : les gouvernements québécois et fédéral ont-ils ou non le droit de « mettre en valeur » (c'est-à-dire, inévitablement, modifier l'habitat et le mode de vie des autochtones ainsi que l'écologie) les territoires arctiques et sub-arctiques où la présence blanche n'a toujours été que sporadique, et dont les populations indigènes ne font l'objet que depuis fort peu de temps de l'attention des autorités politiques et administratives ? La détermination des droits respectifs des communautés passe certes par le tamis du droit, mais ici encore le recours à l'histoire et à l'anthropologie juridique s'avère indispensable. Pour circonscrire la nature et l'étendue des droits des ethnies autochtones sur ces terres, il faut en effet se poser au moins deux types de questions : comment mettre en rapport les formes historiques de la colonisation de ces territoires depuis trois siècles et l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence définissant les critères de la souveraineté (la question ressort à l'histoire du droit) ; les notions de droit de propriété et de droits de souveraineté sur la terre sont-elles pensées de la même façon par le juge et le législateur blancs, et la tradition autochtone, et si non (et c'est évidemment le cas), comment aménager des contacts entre ces deux types de visions juridiques (la question ressort à l'anthropologie juridique) ? Répétons que ces visées ne sont pas du seul domaine de la recherche des sources d'énergie, dont personne ne dénierait le caractère hautement pressant et contemporain. Sait-on assez que les nappes pétrolifères ne se situent pas uniquement dans le Golfe Persique, mais sont aussi enfouies sous les déserts glacés des zones de l'Arctique de souveraineté occidentale ? Or ces territoires sont peut-être désertiques, mais certes pas vides. Des populations les occupent depuis des siècles, et ont saisi le besoin de l'Occident pour faire valoir leurs droits territoriaux. Les gouvernements américain et canadien en savent quelque chose. On voit par là quel pourrait être le rôle du juriste, et les dimensions des

attentes auxquelles il peut être sollicité de répondre. C'est le monde contemporain lui-même qui exige de lui d'être infiniment plus qu'un technicien du code et de la procédure. Loin de le déplorer, il faut s'en féliciter, et surtout prendre conscience de la nature de l'effort à accomplir et de son ampleur, dont logiquement nos recherches et nos enseignements devraient se ressentir. Au-delà d'une seule histoire de la règle de droit, ou de son inventaire, il faut donc participer à l'élaboration d'une *phénoménologie* du droit (2). Il convient, sous l'écorce du monde des apparences « objectives » (et le réel ne se confond que rarement avec l'apparent ...) auquel participent les normes juridiques, de démasquer et qualifier les sources des significations, dire en quoi et comment elles s'organisent et se transforment, apprendre à lire la diversité et les différences. A cette quête, toutes les disciplines juridiques possèdent un droit légitime de s'adonner. J'espère avoir convaincu le lecteur qu'une histoire et une anthropologie du droit ne sauraient en tout cas en être exclues et pourraient même l'animer, sortant ainsi à juste titre de la marginalité dans laquelle elles sont aujourd'hui cantonnées.

B. — OBJET ET MÉTHODOLOGIE DES ENSEIGNEMENTS HISTORIQUES DE PREMIÈRE ANNÉE DANS LES FACULTÉS DE DROIT

Précisant les visées qu'à mon sens devraient se donner les enseignements d'histoire du droit, les lignes qui précèdent ont déjà répondu à la question de la détermination de leur objet. Quelques précisions sont néanmoins nécessaires avant d'aborder les conseils pratiques de méthodologie qu'il est possible et souhaitable de fournir à nos étudiants de première année.

a) L'objet

Quelques mots, tout d'abord, sur les intitulés officiels de l'enseignement historique dispensé en première année. On parlait naguère d'« Histoire du Droit Français des origines à la Révolution ». Puis succéda à cette formulation devenue quelque peu étriquée une nouvelle respiration : il valait mieux dès lors entendre « Histoire des Institutions publiques et des Faits sociaux », ce qui autorisait l'enseignant qui s'y sentait incliné à donner à son cours une dimension sociologique. Depuis 1968, les réformes subséquentes aux « événements » de la dite année n'ont assigné aucune place à l'histoire, et surtout laissé toute latitude aux universités de fixer le contenu et le programme de leurs enseignements. L'Université d'Aix-Marseille III a donné au cours historique (annuel) de première année le titre d'« Histoire des Institutions publiques » et l'a fort heureusement assorti de séances de travaux dirigés. Quel cru goûter derrière cette étiquette ? Dans le cadre chronologique fixé par l'établissement

(2) Je n'entends point par là me situer dans la ligne de la « phénoménologie juridique » d'A. Kojève, à laquelle plusieurs raisons — que je ne peux développer ici — m'empêchent de souscrire.

auquel il appartient — pour sa part l'Université d'Aix-Marseille III a pratiquement reconduit le programme de l'ancien DEJG, soit la période qui court de la désagrégation de l'Empire romain jusqu'à la Révolution — chaque enseignant reste libre, et c'est heureux, d'infléchir au gré de sa philosophie de l'Histoire du droit et de l'ampleur des rapports qu'elle doit selon lui tisser avec ses sciences auxiliaires le contenu et la méthodologie de son discours. Je ne peux donc faire état ici que de réflexions pratiques personnelles, les présentant seulement au titre d'une expérience, et certes pas d'un modèle.

Je dirai tout d'abord que l'étendue de la période à étudier — plus de treize siècles — offre à mon sens plus d'avantages que d'inconvénients. Il est certain que le nombre d'heures relativement restreint dont nous disposons — mais a-t-on jamais entendu un enseignant ne point déplorer le caractère contingent du temps qui lui est alloué — contraint à un survol plus qu'à une analyse détaillée. Mais d'une part l'intitulé même du DEUG témoigne du caractère général des études de premier cycle. D'autre part et surtout, l'histoire de la France durant cette période est caractérisée par une grande variété de modèles sociaux, politiques et économiques, où les périodes a- ou infra-étatiques (dynastie mérovingienne, féodalité dominante) s'intercalent entre les époques d'étatisation et de centralisation (Saint Empire, monarchie féodale et absolue). Cette diversité devrait permettre à l'étudiant de s'exercer à la réflexion sur les différences et les mutations dont j'ai parlé plus haut, et d'ébaucher la construction du répertoire idéal en lequel s'organisent formes et structures de la vie sociale et juridique. Un canevas méthodologique peut l'y aider. A travers la diversité des périodes traitées et des problèmes étudiés, j'ai pour ma part toujours tenté d'organiser mon cours autour de trois préoccupations, ordonnées différemment suivant les besoins. Présentation la plus claire possible du système normatif et de son appareillage institutionnel ; tracé de l'écart existant entre le discours et les pratiques juridiques ; tentatives de dévoilement des forces qui président à l'élaboration et à la mutation du droit, et lui assurent un plus ou moins grand succès dans l'encadrement de la vie sociale, dont il ne rend — heureusement — jamais parfaitement compte. C'est évidemment à ce dernier niveau qu'une forte dose de pluridisciplinarité me paraît indispensable. Impossible de prétendre à seulement l'entrevoir sans faire à côté de l'histoire du droit aussi de l'histoire de l'économie, des mentalités et de la société. La difficulté consiste évidemment à bien lier la gerbe et moduler les niveaux de détermination de ces différentes instances. Je pense pour ma part — mais il ne s'agit évidemment là que d'une opinion personnelle — qu'une classification des instances déterminées et déterminantes qui serait valable pour toute époque et en tous lieux est une illusion. Suivant les cas, l'équilibre entre ces différentes instances s'organise autour d'une ou de plusieurs d'entre elles, mais cet ajustement n'a rien de définitif. L'impérialisme du déterminisme économique doit à ce sujet être tempéré. Autant que des forces matérielles, l'homme est tributaire de la façon dont il se représente et intériorise son environnement social, et donc les règles et rapports juridiques : on agit en fonction de ce que l'on *croit* être la réalité, et la coïncidence entre l'intériorisation et l'objet du réel auquel elle s'applique est loin d'être toujours assurée. Si l'homme, souvent, viole la

norme, ce n'est pas forcément parce qu'il la conteste, mais parce qu'il la perçoit mal ou qu'elle lui demeure extérieure. Dans cette optique, on ne peut que souhaiter l'avènement d'une histoire des mentalités juridiques et politiques, qui jaillirait de l'ancienne histoire des idées. Concluons sur ce point en disant que ce type de réflexion pluri-disciplinaire ne peut à mon sens qu'être clarifié par la présentation aux étudiants, en début d'année, d'un certain nombre de modèles théoriques, qui doivent pour lui constituer, à défaut d'un passe-partout au moins un trousseau de clefs entre lesquelles il sera libre de choisir. J'ai choisi pour ma part d'énumérer au début du cours, en une vaste introduction, les principaux systèmes explicatifs élaborés par la réflexion anthropologique depuis la fin du siècle dernier, et les divers types de hiérarchies en lesquels la sociologie nous montre que s'ordonnent les groupes sociaux (ne serait-ce que pour apprendre aux étudiants que les sociétés de *classes* sont loin d'être majoritaires dans l'histoire du monde).

Ces quelques réflexions visent au fond surtout le travail de l'enseignant. Qu'en est-il de celui de l'étudiant ? Tentons de répondre à cette question dans les lignes qui suivent.

b) La méthodologie

Je voudrais traiter ici, dans le cadre de ma discipline, des problèmes relatifs aux formes de l'enseignement et à la préparation à l'examen, en énumérant des conseils d'ordre surtout pratique.

1 - Le cours magistral

Commençons par le cours magistral. Il pose à l'évidence plusieurs types de problèmes à l'étudiant. Tout d'abord la distance qu'il crée entre l'enseignant et son auditoire : à ce fléau nul autre remède radical que l'augmentation massive du taux d'encadrement, que rien n'annonce. A part cela, les palliatifs que l'on peut imaginer dépendent de la taille des amphithéâtres (et des goûts et capacités personnelles de chaque enseignant). Rappelons seulement —mais ce sont là des lieux communs que chacun connaît— qu'un cours dicté, quelle que soit l'excellence de son contenu, développe plus les automatismes d'écriture que la capacité d'attention ; et que la déambulation de l'enseignant —quand la configuration de l'amphithéâtre le permet— peut animer et souligner gestuellement son discours. Suivant l'ambiance ainsi créée, l'étudiant abordera dans de plus ou moins bonnes conditions le problème de la *prise de notes*. Il doit à mon sens comprendre qu'il est vain et superflu de vouloir tout noter. D'abord parce que (sauf, évidemment dans le cas d'un cours dicté) c'est matériellement impossible, ensuite parce que c'est lassant ; par ailleurs parce que cette attitude aboutit à la rédaction de cours dont le volume atteint un niveau décourageant au moment des révisions finales, enfin et surtout parce que cette pratique est abêtissante pour celui qui s'y livre. L'étudiant doit en effet avant tout essayer de *comprendre* ce que l'enseignant tente de lui expliquer : l'examen a justement pour but de le vérifier. Or ce n'est qu'en comprenant qu'il pourra par la suite mémoriser. Cet exercice d'intelligence ne débute pas seulement lorsque, rentré chez lui, l'étudiant entreprend d'étudier ses cours. Il

commence —ou devrait commencer— lors du cours lui-même. La technique de prise de notes en est une occasion. Loin de tout noter, l'étudiant doit à mon sens noter strictement l'essentiel, qu'il doit par l'écoute attentive du discours professoral, isoler de l'accessoire. Par ce simple effort de tri, il commence déjà à étudier la matière. Dans le doute, rien ne lui interdit d'ailleurs de demander à ses camarades ou à l'enseignant confirmation de ses sélections, après le cours magistral ou dans le cadre des séances de travaux dirigés. Ajoutons que la distribution d'un plan détaillé du cours aux étudiants en début d'année ne peut que faciliter son travail. Je suis personnellement beaucoup plus réservé quant à celle de photocopiés. Un photocopié, comme on l'a si souvent répété, ne peut pas remplacer un cours. D'abord parce que la présence corporelle de l'enseignant devrait apporter à l'exposé des connaissances un facteur personnel que la taille des amphithéâtres rend plus encore indispensable. Ensuite parce que —sauf dans le cas d'un cours dicté— par ses gestes, commentaires et digressions, l'enseignant enrichit, précise et clarifie cet exposé. Or le photocopié favorisera l'absentéisme et l'apprentissage mécanique des connaissances. Il peut en revanche constituer un utile instrument de travail lors des révisions finales, en ce qu'il favorise la synthèse : c'est pourquoi, si photocopié il y a, il faut et il suffit de le distribuer en fin d'année, par exemple au début du troisième trimestre.

Concernant l'histoire du droit, le cours magistral offre un autre type de difficulté, moins aisément soluble : celles des références événementielles et culturelles. L'étudiant frais émoulu du baccalauréat ne possède la plupart du temps qu'un fort maigre bagage historique. Les points de repère chronologiques dont il dispose s'évanouissent rapidement au-delà de l'époque de la Monarchie Absolue : j'ai maintes fois constaté que l'étude de la féodalité et *a fortiori* des dynasties franques revêt pour lui le caractère d'une quasi-découverte. Or, sans prétendre faire retour à l'histoire des batailles et des dynasties, il va de soi qu'une histoire structurelle ne peut se concevoir qu'enracinée dans la durée et nourrie de références aux grands «événements» qui l'ont jalonnée. Cette exigence est d'autant plus indispensable que le programme couvre une très longue période. Il me paraît également évident que notre enseignement, s'il veut remplir les buts que les précédentes lignes lui assignent, ne peut consister en des cours de rattrapage de programmes scolaires du primaire et du secondaire étiolés ou mal digérés. La leçon est claire : l'étudiant devra dès le début de l'année rafraîchir ses connaissances par lui-même et mémoriser les principales césures chronologiques et les noms des différents types de régimes dont l'ensemble fixe les articulations de l'histoire de la France. Travail au demeurant rapide (une dizaine d'heures au maximum) et aisé (la simple consultation d'une encyclopédie peut suffire). Plus délicat paraît le problème des références culturelles manquantes ou déformées. Qu'on le veuille ou non, l'histoire de notre pays jusqu'au XIXe siècle est marquée par l'influence de la religion et de l'institution ecclésiastique. Un minimum de connaissances portant sur le contenu dogmatique de la foi chrétienne et sur ses sources écrites est indispensable, et c'est ce minimum qui fait cruellement défaut. Car si à notre époque le sacré existe toujours, il s'exprime, surtout chez les jeunes, à travers d'autres voies que celles de la religion

chrétienne. Même constatation à propos du rôle historique de l'Église, méconnu ou caricaturé. Combien de fois ai-je constaté que pour les étudiants, l'Église médiévale, c'est surtout celle des bûchers de l'Inquisition. On est à peine cru lorsqu'on explique que l'Inquisition a très probablement tué moins de monde qu'on ne le suppose, que l'Église a sauvé beaucoup de vies humaines en créant et animant les hôpitaux, christianisant le comportement des guerriers féodaux, développant le droit d'asile. Les poncifs sont en ce domaine innombrables à éliminer. Je crains qu'à ce niveau de références culturelles la tâche ne dépasse nos moyens et que nous ne puissions au mieux espérer que procéder à un précaire bricolage : les faux lieux communs persistent d'autant mieux qu'ils sont simplistes et faciles à retenir, et notre rôle n'est pas de faire des cours de catéchisme ou d'histoire approfondie de l'Église. Nous ne pouvons donc guère que parer au plus pressé en dénonçant vigoureusement ces lieux communs chaque fois que les problèmes étudiés nous en donnent l'occasion, et prendre soin que les séances de travaux dirigés, où le dialogue est possible, veillent à cette exigence. La tendance au simplisme falsificateur déborde d'ailleurs le seul cadre religieux. L'étude de l'esclavage, du servage, des privilèges, de l'absolutisme et de la « Révolution » de 1789 sont autant d'occasions de redresser chez nos étudiants des points de vues aussi fortement erronés qu'enracinés : impossible de revendiquer Virgile et Aristote sans prendre *aussi* en compte l'économie esclavagiste ; impossible de ne pas dire que la démocratie athénienne fut *aussi* colonisatrice ; impossible de cacher que les privilèges ne furent pas toujours injustifiés ; impossible de céler que l'absolutisme n'était pas le despotisme et que la centralisation et ses agents — les intendants — furent souvent alliés aux forces du progrès ; impossible de ne pas dévoiler la part de mythe qu'a véhiculée jusqu'à une époque très récente l'histoire de la Révolution française (3) (les étudiants sont toujours très étonnés d'apprendre qu'en 1789 la quasi-totalité des Français était monarchiste). Ce n'est qu'après ce travail de déblayage qu'on peut et doit tenter *d'apprendre à lire l'Histoire*, et pour cela adopter l'attitude de l'ethnologue qui procède à une enquête sur le terrain. Face à des cultures différentes de la nôtre dont l'histoire est porteuse, l'étudiant devra pour un temps mettre entre parenthèses ses propres références culturelles. Nous ne pouvons pénétrer une époque que si nous essayons, tant bien que mal, d'en adopter les propres schèmes, de nous façonner à elle. Un exemple fort simple, emprunté à la procédure pénale : si révoltant qu'il nous paraisse, l'emploi de la torture comme moyen de preuve à l'époque féodale ne peut être qualifié que de « normal », en référence au caractère essentiellement guerrier de cette société, tenue par une caste étroite de combattants brutaux et ignorants : les chevaliers. En revanche, la torture telle qu'on la pratiquait encore au temps de l'affaire Calas était injustifiable, et Voltaire eut cent fois raison de la dénoncer. Chaque époque exige de nous un effort d'accommodation : il appartient à l'enseignant de choisir la paire de lunettes qui convient, et à l'étudiant de faire l'effort de les chausser. Sinon l'Histoire lui demeurera opaque, sans intérêt, et en fin de compte inutile. Les séances de travaux dirigés peuvent fort heureusement en ce sens compléter le cours magistral.

(3) cf., N. Rouland, *Du bon usage de la Révolution française : abrégé d'histoire mythique de la Révolution française*, dans : *Cahiers P. Baptiste*, 2 (1983), édit. Actes Sud.
 Post-Scriptum : Sur la crise contemporaine de l'Histoire du Droit, on lira avec intérêt : J. Poumarède, *Pavane pour une histoire du droit défunte*, dans : *Procès - Cahiers d'analyse politique et juridique*, 6 (1980), 91-102.

2 - Les travaux dirigés

L'appellation de «travaux dirigés» résume bien la philosophie, sinon la pratique, de cette forme d'enseignement. Ils s'organisent en des séances hebdomadaires d'1 h 30 par matière choisie par l'étudiant (2 au total), l'assiduité y est à juste titre obligatoire et contrôlée, le nombre des individus variant de 25 à 35. Comme leur nom l'indique, les TD devraient être l'occasion pour l'étudiant d'approfondir sous la direction de l'enseignant les points les plus importants du cours, de recevoir des éclaircissements sur ceux qu'il n'aurait peu ou pas compris, et surtout de sortir de la passivité que lui imposent les contraintes du cours magistral en se livrant à un certain nombre d'exercices et travaux «dirigés» par un enseignant, dont les formations et aptitudes pédagogiques devraient être certaines et poussées, car il lui est au moins autant demandé d'animer que d'enseigner, faute de quoi le TD se transformera inévitablement en un mini-cours magistral, haïssable en ces circonstances. Dans la pratique de nos facultés, les TD sont essentiellement le lieu de l'apprentissage de la technique du commentaire de texte. Je reviendrai sur ce sujet dans le paragraphe consacré à l'examen. Sans prétendre vouloir en minimiser l'importance —on verra tout au contraire l'ampleur du rôle que, je pense, il doit continuer à jouer— il n'est pas interdit de penser à d'autres formes d'exercices. C'est un lieu commun d'affirmer le recul de l'écrit dans la culture quotidienne, en particulier dans le monde des jeunes, et donc chez nos étudiants. S'il n'est pas question à mon sens de sacrifier au culte de l'image, je pense qu'il serait dangereux de ne pas en tenir compte, car cette attitude pourrait conduire à creuser l'écart entre l'enseigné et le vécu dont je parlais plus haut. Il serait également dommage de ne pas utiliser dans un enseignement intitulé «supérieur» que la recherche est censée nourrir les moyens modernes mis à notre portée par les techniques de communication audio-visuelles : après tout, tous les livres ne sont pas bons, toutes les images ne sont pas mauvaises. Toutes les disciplines ne se prêtent pas également à un support audio-visuel. L'Histoire, fort heureusement, peut à mon sens s'en enrichir. Le romaniste et l'historien du droit sont fréquemment appelés à parler à leurs étudiants des formes et conséquences de l'urbanisation, de la monnaie, et à décrire la vie des campagnes lorsqu'ils étudient par exemple les droits de propriété foncière. Montrer plus concrètement ce qu'étaient les villes romaines et médiévales, les différents types de monnaies métalliques, comment se présentait un paysage rural découpé par l'assolement triennal, ou un document matérialisant sur le territoire d'une seigneurie la répartition entre la réserve et les tenures peut grandement faciliter à nos étudiants la compréhension et la mémorisation des connaissances que nous leur dispensons. Pour ma part, je consacre depuis trois ans environ un quart des séances de travaux dirigés que j'assure à la projection de séries de diapositives concernant ce types de problèmes (ces diapositives, accompagnées d'un dossier explicatif, sont diffusées notamment par le Centre National de Documentation Pédagogique, pour un prix très modique). J'ai pu constater que les étudiants, loin d'y voir une sorte de «récréation», montraient pour ces projections un grand intérêt, et prenaient au moins autant de notes que lors d'un discours purement oral. La mémorisation paraît également facilitée. J'ai fait l'expérience, lors

d'interrogations écrites de TD, de poser simultanément deux questions : une question de cours classique, un commentaire d'une diapositive projetée lors de séances précédentes. Dans la quasi-totalité des cas, les réponses les plus complètes concernaient la deuxième question. Le recours à l'audio-visuel pourrait également à mon sens revêtir une autre forme, d'ailleurs fréquemment utilisée dans les établissements du second degré. Le développement actuel de la communication vidéo pourrait à mon sens bénéficier à nos étudiants, autant que celui de l'informatique, auquel on ne peut que se féliciter que notre faculté ait décidé de faciliter le recours à nos étudiants. Il existe en effet d'excellentes émissions à la télévision, qui peuvent nourrir la réflexion historique : débats, films, documentaires divers, où on décèle — l'auteur de ces lignes ne peut que s'en féliciter — la part croissante de l'anthropologie (cf. la série «Anthropos»). Pourquoi ces émissions ne feraient-elles pas l'objet d'une nouvelle sorte de «commentaires de texte»? Le rôle de l'enseignant consisterait à les sélectionner, au besoin effectuer un travail de montage afin d'en isoler les points les plus importants, à dégager un canevas comme on peut le faire à partir d'un texte écrit, et à conduire sur ces thèmes une série d'exercices — écrits ou oraux — requérant la participation des étudiants. Ajoutons d'ailleurs que les émissions télévisées ne sont pas seules en cause : on trouve actuellement dans le commerce de plus en plus de vidéo-cassettes à caractère pédagogique. Les investissements financiers sont certes d'un autre ordre que ceux nécessités par de simples projections de diapositives. Si l'on suppose résolue la question de la disposition d'une salle de projection suffisamment grande, il faut envisager l'achat d'un téléviseur à écran géant, indispensable pour les projections devant un auditoire d'une certaine taille (à partir de 30 000 F), la constitution d'un fonds de vidéo-cassettes destiné à devenir une vidéothèque (environ 4 500 F par an), et l'achat d'un magnétoscope (environ 7 000 F). La somme totale ne paraîtra faible ou démesurée qu'en fonction de la nécessité qu'on éprouvera ou non du recours à ces innovations tout autant pédagogiques que technologiques.

Il est aussi d'autres formes d'enseignement, plus classiques, auxquelles sont propices les TD. Citons-en quelques exemples, sans du tout prétendre être exhaustif, empruntés à ma pratique personnelle. Le rapport de lecture «critique» : l'enseignant fournit en début d'année une liste de livres (il paraît préférable d'en exclure les manuels, à finalité essentiellement didactique) aux étudiants, en leur demandant d'en choisir un en fonction de leurs goûts personnels pour tel problème ou telle période historique. Sa lecture doit donner lieu à la remise en fin d'année d'un rapport écrit (de 10 à 20 pages), dont la note intervient dans la note globale des TD, et donc de l'examen. Ce rapport n'est pas un résumé, mais surtout l'élaboration d'une réflexion *personnelle* de la part de l'étudiant, qui doit dire *avant tout* ce en quoi le livre l'a étonné, séduit, rebuté, ce qu'il lui a appris, ce en quoi il l'a laissé sur sa faim, etc., le tout en argumentant de la façon la plus serrée possible ses prises de position, et en faisant si possible référence à l'enseignement dispensé lors des cours et des TD. Ce type d'exercice offre à mon sens deux avantages : celui d'utiliser de façon *pratique* les connaissances acquises en cours d'année ; et de développer la faculté de réflexion critique, que le côté directif du cours magistral risque d'émousser.

Autre exemple : la constitution de «groupes de discussion». Sur tel ou tel problème posant des difficultés d'interprétation (ex. : l'effondrement de l'Empire romain est-il eu lieu en raison de facteurs externes ou internes ; le droit romain est-il «juste» ; qu'est-ce que le droit de «propriété» à l'époque féodale, les causes du renouveau urbain au Moyen Age, etc.), on peut diviser les étudiants d'un TD en deux ou plusieurs groupes chargés de défendre un point de vue ou une théorie, l'enseignant conduisant la discussion et procédant à la synthèse en fin de débat. Je préfère pour ma part ce type d'exercice à celui de l'exposé individuel. L'ayant pratiqué lors de mes premières années d'enseignement, j'ai fini par totalement le supprimer. En effet, il est bien connu que sauf dans le cas très exceptionnel d'un orateur particulièrement brillant, l'auditoire «décroche» au bout d'une dizaine de minutes, et tombe dans l'indifférence, sinon la léthargie.

Mais quelles que soient les formes d'enseignement qu'on choisit d'y développer, les TD sont également le lieu où s'effectue le «contrôle des connaissances». Pour ma part, je procède à plusieurs interrogations écrites générales par an, annoncées à l'avance, plutôt qu'à des contrôles ponctuels et hebdomadaires. J'y trouve plusieurs avantages. Economie de temps, et surtout rationalisation du travail de l'étudiant : les portions de cours à réviser pour chaque interrogation étant importantes, le travail que nécessitent les révisions en vue de l'examen final en est avancé d'autant et l'effort de synthèse sollicité ; par ailleurs je préfère donner aux étudiants un commentaire de documents qu'une simple question de cours, ce qui est pour eux une occasion de tester leur aptitude à cette technique particulière que requerra l'examen quelques mois plus tard. A ce sujet, il paraît nécessaire, de l'avis des étudiants eux-mêmes, de procéder plusieurs fois dans l'année à des exercices reproduisant les conditions de l'examen dans les conditions les plus proches possibles de la réalité. Les colles doivent y pourvoir, mais est-ce suffisant ? Les étudiants sont en général toujours surpris de constater que les trois heures que dure l'examen constituent un délai relativement bref, supposant que la technique particulière du commentaire ou du cas pratique ait été fort bien assimilée. C'est pourquoi, même si les séances de TD ne durent qu'1 h 30, le fait d'en consacrer quelques unes à la rédaction d'un plan détaillé n'est pas superfétatoire. Qu'il s'agisse de commentaires, questions de cours, rapports de lecture, ces différents types d'exercice fournissent à l'enseignant des éléments de notation. Pour ma part, je les tempère par une certaine prise en compte de l'assiduité, notamment lors des interrogations. On observe en effet que quelquefois certains étudiants ayant obtenu des notes satisfaisantes lors des premières interrogations s'abstiennent de venir aux suivantes en utilisant leur contingent légal d'absences non justifiées tolérées dans le but de préserver leur moyenne. Il va sans dire que de telles pratiques sont injustifiables et doivent être décelées et sanctionnées. Intervient également dans le contrôle des connaissances l'appréciation du degré de participation. Ce dernier est pris en compte à 50 % dans la détermination de la note finale des TD en ce qui me concerne, et peut donc conduire à une correction importante —à la hausse ou à la baisse— de la moyenne purement arithmétique obtenue en totalisant les chiffres fournis par les autres éléments

de notation (l'appréciation de cet élément n'échappe pas aux dangers de la subjectivité : tel étudiant très discret peut être un élément valable, mais handicapé par sa timidité ; inversement, j'ai souvent constaté qu'un étudiant très actif en TD n'obtenait pas automatiquement un bon score à l'examen final).

Je terminerai ces quelques remarques consacrées aux TD en faisant état d'une pratique qui m'a été utile au cours de ces dernières années. A l'approche de la fin des cours, je demande aux étudiants inscrits dans les TD d'indiquer par écrit les points qui leur ont paru insatisfaisants ou au contraire bénéfiques dans l'enseignement qu'ils ont reçu dans ma matière, aussi bien au niveau des TD que des cours magistraux, et les incite à me faire part de leurs éventuelles suggestions. Les réponses à ce «questionnaire» sont facultatives et strictement anonymes afin d'éviter l'auto-censure, d'autant plus possible que l'examen est proche. Les réponses ainsi obtenues m'ont souvent été utiles pour tenter d'améliorer mon enseignement, et leur forme anonyme permet d'échapper à tout danger de clientélisme.

3 - L'examen final

L'examen requiert un important effort de mémorisation de la part de l'étudiant. Celui-ci sera grandement facilité si parallèlement l'étudiant exerce au maximum ses facultés de compréhension et de synthèse. «Apprendre par cœur» est totalement stérile, car l'étudiant sera alors le plus souvent incapable d'adapter ses connaissances à la question qu'on lui demandera de traiter (sauf s'il s'agit d'un strict sujet de cours), et les oubliera d'autant plus vite après l'examen. Mieux vaut pour lui tenter de saisir l'«esprit» d'une matière, sa logique, ses grandes articulations : il en mémorisera d'autant plus facilement le contenu et développera son aptitude à la classification, à l'ordonnement des règles, vertus essentielles pour le juriste. En ce qui concerne plus particulièrement ma matière, je conseille toujours aux étudiants d'exercer tout particulièrement leur vigilance sur les introductions et les conclusions des chapitres en lesquels se divise le cours : c'est là bien souvent que l'enseignant exprime sa philosophie de la matière, précise les lignes de fond des évolutions et les clivages des classifications. L'étudiant y trouvera souvent les points d'appui nécessaires au traitement d'un sujet de synthèse. Dans le même esprit, je ne peux que conseiller aux étudiants de ne point trop se disperser au moment des révisions. Il faut à mon sens ne réviser que deux ou trois matières à la fois, et à l'intérieur de chacune étudier des parties les plus longues possibles, toujours dans le but de saisir la logique et la cohérence de la matière en question. Ce conseil est particulièrement valable en Histoire, où il est primordial de saisir le sens et la nature d'évolutions envisagées le plus souvent sous l'angle de la longue durée. Il faut également répéter que le travail en vue des révisions finales doit commencer tôt, aux alentours de la fin du mois de janvier. Car d'une part il faut avoir revu une matière au moins trois fois dans son ensemble avant de l'avoir vraiment assimilée, et d'autre part, pendant la durée des révisions, les cours continuent à s'accumuler, et l'étudiant qui commence trop tard son travail de révision se trouve alors débordé par leur masse. L'étudiant doit donc dès la fin du premier trimestre établir un calendrier prévisionnel de révisions. D'après

les notes qu'il a déjà prises, il doit estimer le volume final de ses cours, diviser le nombre de pages par le nombre de jours restant jusqu'à l'examen, et fixer un quota de révision à accomplir. Naturellement, ceci doit se doubler d'un apprentissage quotidien des cours : rentré chez lui, l'étudiant doit apprendre les cours qu'il a reçus dans la journée. Ces méthodes de travail sont simples, mais elles doivent être suivies de façon rigoureuses. Seul leur respect permettra à l'étudiant d'aborder l'examen dans de bonnes conditions, et d'assurer un équilibre harmonieux entre le temps du loisir et celui du travail. A ce sujet, notons qu'il est nécessaire — surtout en fin d'année où le travail doit être intense — de savoir préserver un certain temps de détente. Quand la fatigue est excessive, continuer à travailler ne sert plus à rien, et quelques heures de loisirs sont à la fois agréables et beaucoup plus rentables, car elles permettent de se remettre au travail dans de meilleures conditions.

D'autres procédés permettent de faciliter le travail de révision. Celui des résumés, tout d'abord : l'étudiant peut tenter de résumer de façon concise, par exemple sur des fiches, les grands problèmes inhérents à telle ou telle matière, ou partie du cours. Le travail collectif peut également être utile, à deux conditions : le groupe de travail doit être réduit (pas plus de 4 ou 5 étudiants) et n'intervenir que de façon ponctuelle. Sa tâche doit à mon sens consister plus dans le contrôle des connaissances qu'en leur acquisition, où l'effort individuel est irremplaçable. Dans cette optique, l'étudiant pourra confronter son point de vue à ceux de ses camarades, leur demander des éclaircissements ou compléments d'information, le groupe pourra aussi procéder à une simulation d'interrogation, chacun jouant à son tour le rôle du questionneur et celui du questionné.

Concernant l'examen lui-même, l'objet de ces lignes n'est pas d'exposer sa réglementation, mais surtout de déterminer ses exigences. Néanmoins je désirerais avant d'en venir là procéder à deux remarques d'ordre strictement personnel sur son organisation. La première concerne la séparation, traditionnelle dans tous les examens et concours, entre admissibilité et admission. J'avoue ne point être convaincu par son existence. Puisque nos étudiants reçoivent un enseignement en un nombre x de matières, leurs connaissances devraient être à mon sens strictement contrôlées dans l'ensemble de ces matières (quitte à affecter d'un coefficient les matières faisant l'objet de TD) sans que deux d'entre elles seulement (faisant l'objet de l'examen écrit) jouent un rôle sélectif. Il n'est question ici ni d'avantager, ni de désavantager les étudiants, mais seulement de les juger équitablement sur le total de leurs connaissances. Ma seconde remarque concerne la pré-détermination des matières de l'écrit, connues une dizaine de jours avant l'examen par les étudiants. Je ne peux souscrire à cette pratique, dans la mesure où elle favorise à l'évidence le bachotage, qui contrevient à tous les principes de méthode exposés plus haut. J'avoue préférer le système antérieur à 1968, où la pré-détermination n'existait pas. D'autant plus que cette pré-détermination donne toujours lieu chez les étudiants à de savants calculs de prémonition des matières qui «pourraient» tomber. Ces calculs sont toujours aléatoires et vains, mais l'expérience m'a montré qu'il ne sert à rien de le rappeler aux étudiants, qui souvent s'orientent à partir de

mauvais choix, et perdent de ce fait temps et énergie, en croyant déceler des jurisprudences là où il n'y en a pas.

Ces suggestions faites, passons à l'examen tel qu'il existe, en distinguant l'écrit et l'oral. On sait que les matières faisant l'objet de l'écrit se divisent en épreuves pratique et théorique.

* L'épreuve pratique

Dans l'état actuel de l'organisation des séances de TD —et compte non tenu des suggestions faites plus haut pour l'utilisation des moyens audiovisuels— l'épreuve pratique en histoire des institutions consiste dans le commentaire d'un texte ayant pour objet un problème d'ordre juridique. Cette forme d'examen demande à juste titre beaucoup de *rigueur* à l'étudiant, et l'acquisition stricte d'une méthode de commentaire. J'avoue mon attachement au plan binaire, subdivisé en deux parties, deux sous-parties et deux sous-paragraphes. D'abord parce que c'est le type de plan le plus simple : exiger un plan en trois parties ou plus contraindrait l'étudiant à un travail d'analyse et d'élaboration dont la durée limitée de l'examen ne lui laisse guère le temps. Par ailleurs, dans sa rigidité même, le plan binaire incline l'étudiant à cet effort de classification et de synthèse dont j'ai parlé plus haut (on m'objectera que tous les textes ne se prêtent pas à ce type de développement : la remarque est exacte, mais il faut et il suffit que l'enseignant choisisse un texte idoine). Enfin le plan binaire présente un autre type d'avantage : il incite à un type de découpage qui convient souvent aux matières juridiques (principe-application, droit-fait, droits-devoirs, forme-fond, composition-attributions, etc).

La valeur du plan binaire souligné, il convient de préciser quelques règles dont le respect est nécessaire pour la rédaction d'un commentaire de texte de bon niveau. Répétons que cet exercice suppose de la *rigueur* : il faut se garder de la paraphrase (ensemble de digressions où les éléments fournis par le texte sont insuffisamment analysés et ne fournissent que le point de départ de considérations d'ordre général), du hors-sujet (énoncé de connaissances qui peuvent être exactes, mais sans rapport direct avec le texte—, du résumé (qui consiste à condenser le texte suivant un plan, mais d'où tout travail de commentaire —*c'est-à-dire délimiter et étudier les conséquences des problèmes posés par le texte*— est absent) ; les répétitions (une fois déterminée dans le plan la subdivision consacrée à un problème, il faut l'y épuiser). Afin d'éviter ces perversions du commentaire de texte —hélas les plus courantes— l'étudiant doit à mon sens observer deux règles essentielles. La première est de parler de tout le texte, et rien que du texte, ce qui évite à la fois les lacunes et les hors-sujets. Cette exigence nécessite une lecture très attentive, stylo à la main, en soulignant les phrases et membres de phrases les plus importants, qui doit être répétée au moins trois fois. Il faut également, au cours de la rédaction du commentaire, citer les parties du texte sur lesquelles s'appuie l'argumentation. C'est au fond d'un travail de chirurgien qu'il s'agit ... Seconde règle : dans toute la mesure du possible, le plan doit respecter l'ordre dans lequel le texte aborde les problèmes. Il serait *a priori* suspect de trouver en B de partie II le commentaire d'un problème qu'inciteraient à résoudre les premières lignes du texte.

Ces deux exigences fondamentales posées, on peut en énumérer quelques autres. Les parties et sous-parties principales doivent être titrées, ce qui contraint l'étudiant à la précision requise par ce type d'exercice. Les deux parties principales (I et II) doivent évidemment reposer sur des idées distinctes, même si la logique de leur association peut se fonder sur des principes inverses selon les cas (complémentarité ou opposition). Il va de soi que si le titre d'une partie convient aussi à l'autre, la formulation du plan au minimum, au pire sont contenu, sont mauvais.

Notons également que lorsqu'il construit son plan, l'étudiant doit remonter du particulier au général, des sous-paragraphes aux deux parties principales, et non l'inverse. L'étudiant après avoir lu le texte doit dresser un inventaire des problèmes qu'il pose, et les ordonner par regroupements successifs, d'ampleur de plus en plus importante, pour parvenir à la division binaire finale. La méthode inverse me paraît critiquable dans la mesure où elle est trop intuitive : si l'étudiant détermine d'emblée deux idées principales dans le texte, il risque de se tromper dans son choix, de commettre des contre-sens dans la construction du plan, et de ne s'apercevoir de ses erreurs qu'au cours de la rédaction de sa copie, c'est-à-dire trop tard.

- Dès la première ligne du texte, l'étudiant doit se poser de façon préliminaire trois questions : la date, la nature de la source envisagée (littéraire ou juridique), l'auteur. Suivant les cas, il tirera de ces informations des éléments d'importance variable pour son commentaire (mis à part la date, toujours essentielle), et surtout pour la rédaction de son introduction.

- L'introduction est une partie très importante du texte, en réalité une sorte de quasi-première partie. Elle doit représenter entre 1/4 et 1/5 de la copie. Rappelons une évidence (l'expérience de la correction des copies montre que c'est nécessaire ...) : l'introduction sert à présenter et délimiter un certain nombre de problèmes et la manière choisie pour les étudier. Elle ne doit pas annoncer les résultats du commentaire, rôle imparti à la conclusion. Elle doit se scinder en trois parties. La plus importante est consacrée à l'évocation du contexte historique et juridique, à l'évolution qui conduit tel ou tel problème au stade auquel le situe le texte. L'introduction fixe ensuite de façon précise le problème et les sous-problèmes principaux à étudier. Enfin elle annonce et *justifie* le plan. Rappelons à ce sujet que toutes les divisions du plan doivent être justifiées : au cours de l'introduction pour les deux parties principales, au cours du commentaire pour leurs subdivisions.

- Chaque subdivision, principale ou accessoire, doit être précédée d'une transition par rapport à la subdivision principale. La transition la plus importante est évidemment celle à effectuer entre les deux parties principales.

- La conclusion, superflue en d'autres matières, est à mon sens indispensable en histoire du droit (même si elle ne peut consister qu'en une dizaine de lignes). Il est en effet nécessaire de dégager le sens d'une évolution, de faire le bilan des apports réalisés à tel ou tel sujet par un éclairage d'ordre historique. A chaque problème son type de conclusion. Néanmoins, l'étudiant pourra utiliser cette ultime partie pour exposer son point de vue personnel, ou faire référer

rence à des événements postérieurs à la date du texte (en principe, pour éviter tout anachronisme, il vaut mieux au cours de l'introduction et du commentaire lui-même ne fonder son argumentation que sur des éléments postérieurs ou contemporains de l'époque du texte).

- La taille du devoir est une question souvent posée par les étudiants. Si une limite comprise entre 4 et 5 pages paraît raisonnable, il n'y a pas de règle d'une précision absolue en la matière. Soulignons seulement qu'un devoir court mais précis et construit sur une argumentation serrée vaut mieux que dix pages encombrées de délayages superflus tournant fréquemment au hors-sujet. Rappelons aussi que le délai de trois heures est très court. 1 h 15 doit à mon sens être consacrée à la lecture du texte, et à la rédaction d'un plan le plus détaillé possible, de façon à ce que la rédaction ne soit plus qu'une mise en forme (naturellement, la remémorisation des connaissances requises doit s'effectuer très rapidement). Dans ces conditions, il reste peu de temps pour une rédaction de dimensions exagérées.

* L'épreuve théorique

Elle requiert beaucoup moins de formalisme que le commentaire de texte. Néanmoins, il va sans dire qu'elle doit satisfaire à des exigences de plan minimales. Exiger deux parties et deux sous-parties, avec introduction et conclusion constitue pour moi ce minimum. Pour ma part, je ne pose en épreuve théorique que des sujets de synthèse : je les préfère aux questions de cours, car ils sollicitent autant la capacité de réflexion de l'étudiant que ses facultés de mémorisation. Dans cette optique, je ne peux que recommander tout particulièrement aux étudiants d'éviter les «impasses», qui peuvent être fatales dans des sujets de ce genre.

Je terminerai ces quelques remarques relatives à l'examen écrit en précisant qu'il ne me paraît pas inutile, celui-ci terminé, de réunir les étudiants pour leur donner la correction des sujets posés, afin qu'ils puissent être mieux à même de comprendre leurs notes. C'est en tout cas la pratique à laquelle personnellement je m'astreins.

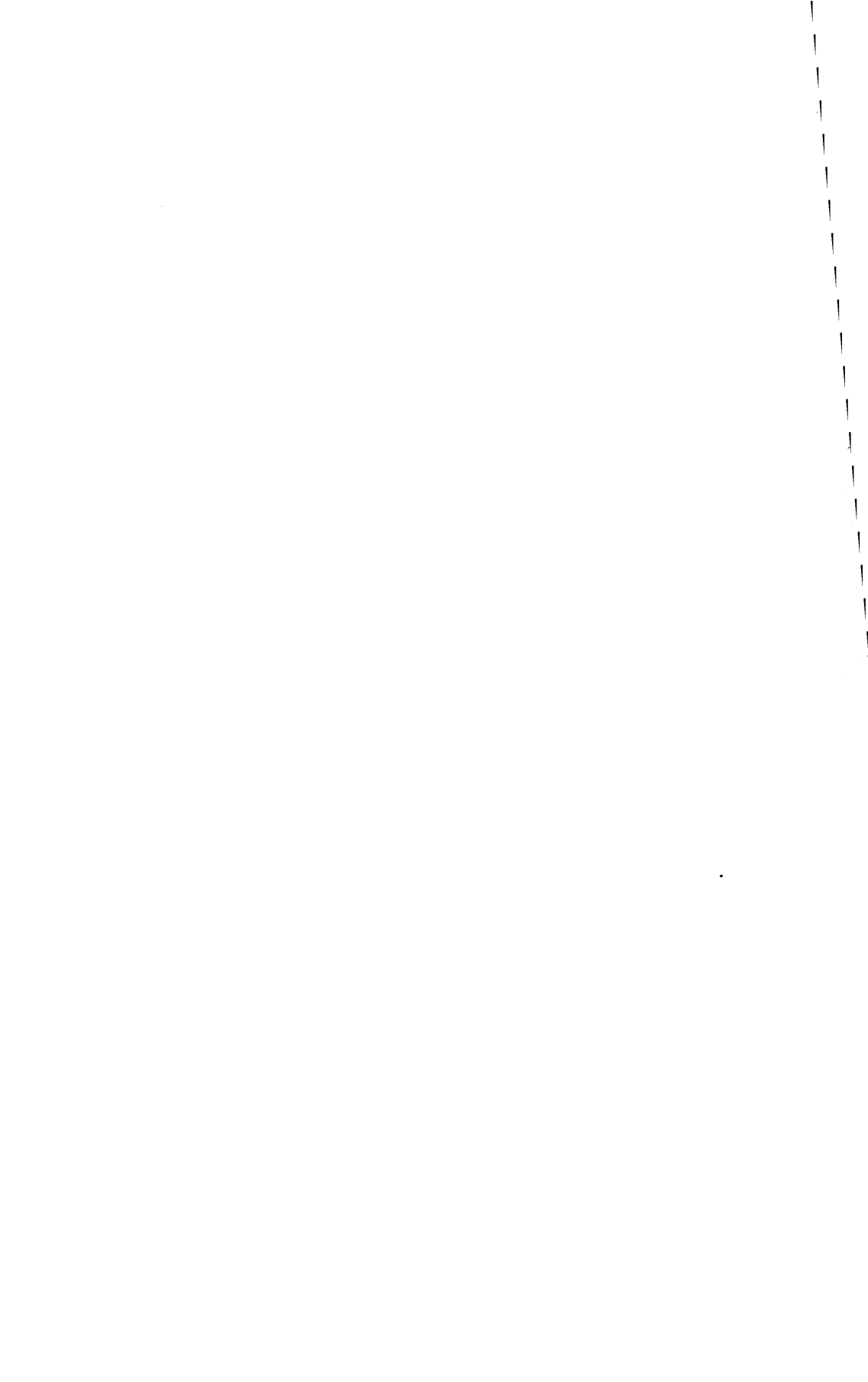
* L'épreuve orale

La majorité des matières font l'objet d'un examen oral, une fois le succès aux épreuves d'admissibilité assuré. Celui-ci est nécessairement plus superficiel que l'écrit, de durée réduite (de 10 à 15 minutes), mais permet à l'enseignant de peut-être mieux se rendre compte de l'état des connaissances de l'étudiant, qu'il peut interroger sur des points divers du cours. L'étudiant dispose d'une dizaine de minutes pour rédiger quelques notes en vue de l'interrogation. Je ne peux que lui conseiller de présenter une ébauche de plan au début de cette interrogation, et de définir le sujet qui lui est posé. Il vaut mieux être précis et court que long et embrouillé. Et surtout éviter certains «trucs» bien connus des enseignants, comme celui qui consiste à essayer de faire parler les professeurs ou de dévier le sujet, afin de masquer ses lacunes. Cela ne trompe personne...

Souhaitons que ces quelques conseils puissent profiter à nos étudiants et les amener à l'examen dans les meilleures conditions possibles. Car contrairement à une idée enfantine mais répandue parmi les étudiants, aucun professeur n'est jamais heureux de «coller» un étudiant, car sa seule raison d'être est de les aider à progresser dans la compréhension de notre monde dans les disciplines qu'ils ont choisies d'étudier.

R. R. J. 1983
Pages 41 à 82

CONFÉRENCES - LEÇONS - DISCOURS



LA DÉCONCENTRATION, UN INSTRUMENT DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE ?

Par Wernhard Möschel

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Tübingen - RFA
Professeur associé à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences
d'Aix-Marseille

La déconcentration signifie ici la dissolution d'une entreprise en plusieurs unités autonomes. Selon le degré de la liaison existante, on distingue la déconcentration personnelle, organisationnelle ou de l'exploitation même. Cet instrument incisif est comme moyen propre de la politique de concurrence encore assez inconnu. De telles mesures existent en tant que sanction dans les systèmes juridiques qui prévoient un contrôle de la concentration économique (États-Unis, RFA, Grande-Bretagne, France), lequel paraît n'être efficace que dans les deux premiers pays cités. En France et en Grande-Bretagne cette sanction peut en effet être appliquée —du moins théoriquement— aussi en cas d'abus de position dominante (Art. 54 de l'ordonnance des prix dans la version modifiée de 1977, Schedule 8 Part II Fair Trading Act 1973). Cet instrument n'a joué un rôle plus ou moins fréquent, qu'aux États-Unis, dans les cas d'infractions à l'interdiction de monopolisation ou de tentative de monopolisation prévue par la Section 2 du Sherman Act de 1980 (1). Dans les dernières années il a été fréquemment discuté aux États-Unis et en République Fédérale d'Allemagne de la question de savoir si le champ d'application des dissolutions ne doit pas être élargi. La commission des monopoles en RFA —organe conseiller officiel auprès du Ministère de l'Économie— a proposé d'une manière vigoureuse une telle législation (2), suscitant en même temps une vive opposition.

Je voudrai dans une première partie faire quelques réflexions au sujet des objectifs possibles d'une telle législation, dans une deuxième partie j'examinerai le sens de cette législation sous l'aspect d'une politique concurren-

-
- (1) *Adams*, Dissolution, Divorcement, Divestiture : The Pyrrhic Victories of Antitrust, Ind. L. J., Vol. 27 (1951), p. 1 ; *O'Connor*, The Divestiture Remedy in Sherman Act parag. 2 Cases, Harv. J. on Legislation, Vol. 13 (1976), p. 687 ; *Celler*, The Trial Court's Competence to Pass upon Divestiture Relief, Antitrust Bull., Vol. 10 (1965), p. 693 ; *Oehler*, Entflechtung und Kontrahierungszwang, Baden-Baden 1976, p. 92 et s.
 - (2) *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1978/1979, Baden-Baden 1980, p. 25 et s., p. 178 et s. ; *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979 ; *Schulte-Braucks*, Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, Baden-Baden 1980.

tielle et enfin dans une troisième partie, je prendrai position dans la controverse portant sur les critères juridiques basés soit sur un comportement abusif soit plutôt sur la structure des marchés.

PREMIERE PARTIE

LES OBJECTIFS POSSIBLES D'UNE POLITIQUE DE DÉCONCENTRATION

Je développerai trois idées.

1 - Objectifs au-delà de la concurrence elle-même

Il est incontesté qu'un droit de concurrence qui cherche à protéger le libre jeu de la concurrence peut servir indirectement à réaliser des desseins dont la portée est beaucoup plus large : partage réciproque, maintien d'un degré élevé des libertés économiques, réduction du pouvoir personnel en faveur des mécanismes anonymes d'un marché. Dans la tradition américaine on parle de «populist goals» (3). Mais on ne peut pas faire dériver les critères de ces desseins et les généraliser dans une législation. Le droit concurrentiel agit dans ce cas comme une mesure préventive. De tels desseins au-delà de la concurrence elle-même jouent actuellement un rôle dans la discussion américaine concernant l'élargissement de la Section 7 du Clayton Act, relative au contrôle de la fusion des entreprises (Kennedy Proposal d'un Small Business Protection Act, FTC-Proposal d'une nouvelle Section 7 B) (4). Mais il n'est pas recommandé pour une législation de déconcentration de recourir directement à de tels buts sans le filtre de la protection de la concurrence.

- Les rapports ici évoqués sont déjà contestés dans l'analyse théorique et le sont encore plus dans la vérification empirique. Donald Turner résume ainsi de façon nette les connaissances acquises jusqu'à présent : «In short, political forces are too numerous, diverse and confusingly countervailing to permit any satisfying conclusion about the political effects of market concentration or economic size» (5).

(3) *Areeda/Turner*, Antitrust Law, Vol. I, Boston, Toronto 1978, p. 22 et s.

(4) Small Business Protection Act of 1979, CCH Trade Reg. Rep. No. 376 du 12 mars 1979, p. 10 - 12. Proposed Clayton Act Section 7 B, Antitrust L. & Econ. Rev., Vol. 11, No. 1 (1979), p. 42 et s. ; cf. en détail *Möschel*, Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, *Rebels Zeitschrift*, Vol. 44 (1980), p. 203, p. 251 et s.

(5) *Areeda/Turner*, op. cit. p. 23 ; dans le même sens *Salomon/Siegfried*, Economic Power and Political Influence : The Impact of Industry Structure on Public Policy, *American Political Science Rev.*, Vol. 17 (1977), p. 1026 - 1043 ; *Lindblom*, Politics and Markets, New York 1977 ; plutôt sceptique : *Epstein*, The Corporation in American Politics, Englewood Cliffs, 1969, chap. No. 8.

- Encore plus important est le fait qu'on ne peut en faire dériver des critères suffisamment justiciables pour une législation sur la déconcentration, qui vise à des décisions basées sur des principes juridiques, et donc contrôlables par les tribunaux.
- Enfin on doit tenir compte du fait que la discussion américaine ne concerne que la concentration externe, donc des opérations juridiques bien déterminées et isolables. C'est tout à fait autre chose comparé à une politique de déconcentration qui doit prévoir un système de référence complet et réel de restructuration des marchés et des entreprises.

2 - La «solution-remède»

Ainsi peut-on qualifier une législation qui voudrait remédier rétroactivement aux conséquences d'un contrôle de concentration économique n'existant en RFA que depuis 1973, et en France depuis 1977 : les structures rigides du marché qui se sont formées auparavant seraient rompues par une sorte de loi spéciale. Des réflexions de ce genre constituaient un des éléments du projet de loi de l'Industrial Reorganization Act du Sénateur Hart dans les années 1972-75 aux États-Unis (6). Ce projet prévoyait entre autres une commission spéciale chargée de la réorganisation industrielle. Cette commission devait effectuer des enquêtes dans sept branches économiques importantes dans le but de soumettre des propositions de réorganisation structurelle au législateur. Mais des propositions d'une telle portée sont actuellement aux États-Unis, sur le plan politique, qualifiées de «dead issue». D'une manière semblable la commission allemande des monopoles a proposé, parallèlement à une législation générale de déconcentration, la réalisation de dissolutions par législation spéciale. Elle cite comme exemples les participations financières des banques dans les entreprises non-bancaires et les engagements financiers dans les différents secteurs de l'approvisionnement en énergie (7). Déconcentration sous forme de contrôle de concentration rétroactif serait seulement à première vue un remède apporté en une seule fois. Mises à part les concentrations d'entreprises agissant sur des marchés tout à fait différents (pure conglomerate mergers), les concentrations mènent en général et très vite à une liaison plus ou moins étroite entre les différentes entreprises. Une législation rétroactive de ce genre ne serait donc pas vraiment basée sur le fait qu'une concentration a été réalisée dans le passé. En vérité elle se présentait comme une législation générale de déconcentration. Cette thèse n'est plus valable lorsqu'il s'agit d'une législation concernant des branches spécifiques. Ceci est particulièrement évident dans le secteur bancaire : de façon typique une abolition des liaisons financières ne mène pas à un conflit avec les nécessités techniques ou écono-

(6) S. 3822, 92d Cong., 2d Session 1972 ; S. 1167, 93d Cong., 1st Session 1973 ; S. 1959, 94th Cong., 1st Session 1975 ; dans la littérature américaine notamment : *The Industrial Reorganization Act : An Antitrust Proposal to Restructure the American Economy*, Col. L. Rev., Vol. 17 (1973), p. 635 - 676 et *Blake, Legislative Proposals for Industrial Deconcentration*, dans Goldschmid/Mann/Weston (édit.), *Industrial Concentration : The New Learning*, Boston, Toronto 1974, p. 340 et s.

(7) *Monopolkommission*, op. cit., p. 200.

miques de rationalisation etc. A des critères concurrentiels s'ajoute l'aspect propre de la sauvegarde des fonds bancaires spécialement évoqué dans la législation américaine, voir la loi Glass-Steagall et les lois diverses concernant les «bank holding companies» (8). On constate en outre des différences dans le fait que des règles constantes peuvent être ici formulées, par exemple la limitation des engagements à 5 % du capital de l'entreprise — ceci correspond à la Section 4 (c) (6) et (7) du Bank Holding Company Act 1970— ou à 25 %, comme ceci est actuellement discuté en Allemagne (9). Je ne voudrai pas traiter ici en détail les aspects des branches économiques. En tout cas on peut faire la constatation suivante pour une politique de déconcentration : cela correspond plutôt aux exigences d'un régime de droit lorsqu'une législation de déconcentration économique est non seulement destinée à une situation donnée, mais encore contient des critères abstraits et généraux c'est-à-dire de validité durable.

3 - La solution concurrentielle

De toute façon une telle législation générale de déconcentration devrait plutôt s'adapter au système du droit de concurrence en vigueur, qui pour la RFA par exemple, vise à la protection du «libre jeu de la concurrence». Aux États-Unis, le rattachement aux normes générales d'Antitrust résulte du fait que des possibilités de dissolution ont été dérivées à partir du large pouvoir discrétionnaire des juges en ce qui concerne les mesures d'injonction dans la procédure «in equity» (10). Cette solution aurait pour conséquence que la réglementation d'une dissolution ne pourrait pas combattre la puissance ou la grandeur d'une entreprise en tant que telles, mais seulement en fonction de leur importance concurrentielle. Il est encore plus important que dans ce cas les objectifs de «l'économie du bien-être» (welfare economics) soient éliminés comme critères primaires d'appréciation. Le législateur, protégeant ainsi le libre jeu de la concurrence, se serait limité à une «pattern prediction» (11), proposition générale qui laisserait présumer régulièrement aussi des effets économiques positifs sans que ces derniers soient d'importance dans l'application

-
- (8) *Jessee/Seelig*, Bank Holding Companies and the Public Interest — An Economic Analysis—, Lexington 1977 ; *Möschel*, Das Trennsystem in der U. S. amerikanischen Bankwirtschaft, Baden-Baden 1978, p. 33 et s., p. 107 et s.
- (9) Bericht der Studienkommission «Grundsatzfragen der Kreditwirtschaft», Bonn 1979, Nos. 810 et s., 839 et s.
- (10) La formulation classique se trouve dans la cause *Schine Chain Theatres Inc. v. United States*, 334 U. S. 110, 128 (1948) :
- «(1) It puts an end to the combination or conspiracy when that is itself the violation,
 (2) It deprives the antitrust defendants of the benefits of their conspiracy,
 (3) It is designed to break up or render impotent the monopoly power which violates the Act».
- (11) *Von Hayek*, The Theory of Complex Phenomena, dans Bunge, M. (édit.), The critical approach to science and philosophy, London 1967, p. 332 et s.

juridique elle-même. Une telle perspective n'exclut pas encore définitivement qu'à une législation de déconcentration se superposent d'autres objectifs donnés. Mais cela impliquerait nécessairement une relation règle-exception.

DEUXIEME PARTIE

LE SENS DE CETTE LÉGISLATION SOUS L'ASPECT CONCURRENTIEL

1 - La thèse de la similitude

On peut dénommer ainsi l'argumentation répandue selon laquelle, lorsque le législateur contrôle la croissance externe des entreprises, il serait alors simplement logique que les structures du marché identiques existantes —qu'elles résultent d'une croissance interne ou d'une concentration externe non contrôlée dans le passé— soient en principe aussi dissoutes (12). Ici on reste sceptique :

- Dans le cas de concentration externe on reconnaît régulièrement les lignes de séparation entre les entreprises autrefois indépendantes, de sorte qu'une dissociation reste souvent aussi bien possible que judicieuse. Dans un système de notification préalable le problème de toute façon ne se pose pas. Ceci peut être tout à fait différent pour les entreprises qui font l'objet d'injonctions de déconcentration (cas extrême : le démantèlement d'une exploitation unique).

- Encore plus important sont les différences, fondées sur la théorie de la concurrence, entre une croissance interne et une croissance externe des entreprises, même si les deux devaient mener à une structure de marché identique. La croissance interne crée de nouvelles capacités, subit ainsi un test du marché et a tendance à provoquer une concurrence plus accentuée. La croissance externe par contre réalise seulement la réunion du pouvoir de disposition sur des capacités déjà existantes. En outre la plupart des indices parlent en faveur de la thèse selon laquelle les marchés de participations dans les entreprises ne fonctionnent pas d'une manière aussi efficace que les marchés d'autres biens et d'autres services, ce qui peut entraîner de nouvelles distorsions de la concurrence (13). D'où s'explique la remarque souvent évoquée de la Cour suprême américaine «that corporate growth by internal expansion is socially preferable to growth by acquisition» (14).

(12) V. p. ex. *Blair*, *Economic Concentration : Structure, Behavior & Public Policy*, New York 1972, p. 570 et s. ; *Schulte-Braucks*, op. cit. p. 19 et s., 219 et s.

(13) *Sullivan*, *Market Power, Profitability and Financial Leverage*, J. of Finance, Vol. 29 (1974), p. 1407 et s. ; *Hindley*, *Recent Theory and Evidence on Corporate Behavior*, London 1972, p. 1 et s. ; *Kaufers*, *Konzentration und Fusionskontrolle*, Tübingen 1977, p. 65 et s.

(14) *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U. S. 370, 371 (1963).

- La restreinte efficacité pratique des différentes théories de la concurrence est déterminante. Un contrôle de la concentration économique externe suppose une délimitation des différents marchés, quoique dans une perspective à assez long terme, ceux-ci soient en fluctuation permanente. La vérification usuelle du pouvoir exercé sur le marché, effectuée à l'aide du critère dominant de la part du marché, ne représente que la situation à un moment donné, bien qu'une telle méthode ne tienne pas compte de l'interdépendance de tous les facteurs plus ou moins variables du marché. Bref, il s'agit ici de règles à «vue de nez» qui sont aussi longtemps tolérables qu'un «filet de sécurité» s'y ajoute. C'est-à-dire que le contrôle de la concentration externe n'interdit aux entreprises qu'un comportement bien déterminé sur le marché ; à part cela elles peuvent agir comme elles le désirent, notamment prendre la voie d'une croissance interne. Les risques concurrentiels causés par de «fausses» décisions administratives dans des cas particuliers restent ainsi calculables. Le contrôle d'une concentration externe se justifie du moins comme la tentative de commettre la faute la moins grave. Dans les cas soumis à une dissolution ceci est nécessairement différent : les structures existantes des marchés et des entreprises doivent être transformées d'après un modèle global fixé. Ici le filet de sécurité manque évidemment. Les faiblesses de conceptions théoriques et les lacunes des vérifications empiriques pèsent ici beaucoup plus lourd. Somme toute, les problèmes d'une législation de déconcentration ne peuvent être réduits à un contrôle déjà existant d'une concentration externe.

2 - Aspects à prendre en considération

Une intégration de la législation de déconcentration dans le droit de concurrence traditionnelle rendrait toutefois quelques simplifications possibles.

a) *Simplifications*

Ceci est valable d'une part pour quelques courants modernes de la théorie de la concurrence, orientés essentiellement vers des objectifs d'efficacité économique. Ceux-ci considèrent toute législation de déconcentration comme une simple entrave au sein de ce processus autorégulateur de la concurrence et donc «ill conceived» (15). Je tiens de telles conceptions, connues sous le nom de l'école de Chicago, pour concluantes et dans leurs prémisses pas définitivement réfutées. Mais celles-ci ne sont pas utilisables sur le plan normatif, tant qu'un droit contre des pratiques restrictives de la concurrence, comme ceci est valable aussi bien pour les États-Unis que pour la RFA, veut protéger des libertés

(15) Exemple typique : *Bork*, *The Antitrust Paradox : A Policy at war with itself*, New York 1978, p. 192 et s. ; *Bronzen*, *The Concentration-Collusion Doctrine*, Antitrust L. J., Vol. 46 (1977), p. 826 ; *Carter*, *Collusion, Efficiency, and Antitrust*, J. L. & Econ., Vol. 21 (1978), p. 435 ; *Kirzner*, *Competition and Entrepreneurship*, Chicago and London 1973 ; *Weston/Ornstein*, (édit.), *The Impact of Large Firms on the U. S. Economy*, Lexington 1973.

économiques aussi à court terme, c'est-à-dire hic et nunc comme valeur en soi. Les processus autorégulateurs, efficaces à long terme, exigeant le cas échéant des décennies (16), sont une maigre consolation pour l'individu seul et faible qui aujourd'hui apprend à ses dépens ce dont est capable une puissance économique excessive.

D'autre part, ceci est valable pour la thèse selon laquelle on peut attendre des effets bénéfiques —du moins sous l'aspect économique— d'une politique qui à l'inverse favoriserait la concentration économique. Je ne peux pas traiter ici en détail des questions, impliquées, de compétitivité internationale des entreprises, de la prétendue supériorité technologique et innovatrice des grandes entreprises et d'entreprises ayant une position dominante sur le marché et des «economies of scale» peut-être réalisables par ces entreprises (17). Toutefois, il est incontestable que le législateur, aussi bien aux États-Unis qu'en RFA, a pris une décision ferme contre une politique favorisant la concentration économique en introduisant le contrôle de la concentration externe. Les problèmes cités ne sont ainsi certes pas éliminés mais essentiellement réduits. Même le fait d'accorder une importance substantielle à ces problèmes n'excluerait pas une législation de déconcentration tant que la création de règles d'exception resterait possible.

b) Effets espérés

Les effets espérés des dissolutions réalisées dépendent des hypothèses de la théorie de la concurrence avec toutes leurs faiblesses et incertitudes reconnues. Toutefois, on peut faire les différenciations suivantes : une première catégorie des cas est caractérisée par le fait qu'ils sont proches des pratiques collusoires et se laissent donc apprécier d'après les critères de la théorie des cartels. Ceci est valable, par exemple, pour les filiales communes ou pour des liaisons personnelles (interlocking directorates) entre des concurrents réels ou potentiels, normalement aussi pour des participations financières des banques dans le secteur industriel. La déconcentration n'est ici rien d'autre que la restitution ou le renforcement de l'autonomie des entreprises. Une deuxième catégorie, mentionnée ici seulement pour mémoire, est caractérisée par ses pratiques nocives (18). Dans une troisième catégorie les dissolutions

-
- (16) Instructif *Shepherd*, *The Treatment of Market Power : Antitrust, Regulation and Public Enterprise*, New York 1975, p. 113 et s. ; dans la littérature allemande voir *Möschel*, *Das Oligopolproblem als Glaubwürdigkeitstest des Antitrustrechts*, dans 2. Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, p. 421 et s.
- (17) *Markham*, *Concentration : A Stimulus or Retardent to Innovation ?*, dans *Industrial Concentration : The New Learning* (supra note 6), p. 247 et s. ; *Scherer*, *Economies of Scale and Industrial Concentration*, ibidem p. 55 et s. ; *Möschel*, op. cit. (supra note 2), p. 51 et s. ; *Le Goc*, *La concentration des entreprises. Une arme en temps de crise*, Suresnes 1976.
- (18) P. ex. *United States v. Terminal Railroad Association of St Louis*, 225 U. S. 383 (1912) ; en détail *Möschel*, op. cit. (supra note 2), p. 57.

ont pour effet —formulé dans les termes de la doctrine traditionnelle des formes de marché— qu'un monopole se transforme en oligopole plus ou moins étroit ou qu'un oligopole étroit se transforme en oligopole large.

La seule chose sûre que l'on peut dire à ce sujet, c'est que le nombre des unités de décision a augmenté, offrant ainsi d'une part une chance à des développements concurrentiels autonomes et d'autre part rendant plus difficiles des collusions ou des pratiques concertées entre les entreprises. Ceci pourrait expliquer la remarque de la Cour suprême américaine, visant bien sûr, un cas spécifique : «There ist no showing that four major competing units would be preferable to two, or ... that six would be better than four» (19).

c) L'efficacité pratique

A partir de cette vue sans illusion, la question de l'efficacité pratique des dissolutions réalisées devient importante. Une expérience assez large existe seulement aux États-Unis. Certes, ces mesures de dissolution n'ont pas été là non plus bien fréquentes, exception faite de la dissolution des concentrations réalisées d'après la Section 7 du Clayton Act. Il est également vrai que, dans des cas déterminés, une déconcentration étant réalisée trop tard n'était plus vraiment intéressante sur le point économique (20). Si l'on veut évaluer l'efficacité des dissolutions effectuées en analysant les conséquences dans les marchés concernés, on doit en outre, tenir compte du fait, qu'une dissolution ne représente, le cas échéant, pour les entreprises, que le changement d'un seul facteur parmi une multitude d'autres. De là vient la difficulté à effectuer l'analyse d'une causalité précise. C'est ainsi par exemple que des facteurs externes ont été d'une importance fondamentale dans le développement des marchés du pétrole après le démantèlement du Trust Standard Oil en 1911. C'était d'une part la découverte de quantités immenses de pétrole au Texas, État hors de la zone d'influence de l'ancien trust, et d'autre part l'explosion de la demande pétrolière, découlant de la motorisation naissante.

Sous ces réserves, je qualifierais somme toute de dispositif le bilan concurrentiel des dissolutions réalisées avec fermeté (21). A cet égard, ce n'étaient pas tellement les changements à court terme des conditions des marchés qui étaient décisifs, mais surtout la création de conditions offrant une chance d'intensification de la concurrence à moyen et à long terme.

(19) United States v. National Lead Co., 332 U. A. 319, 352 (1974).

(20) P. ex. dans les cas : United States v. Pullman Co., 53 F. Supp. 908 (E. D. Penn. 1944) opinion ; 1944-45 Trade Cases parag. 57, 242 (E. D. Penn. 1944) decree.

(21) *Whitney*, Antitrust Policies, Vol. I plus II, New York 1958 ; *Pfunder/Plaine/Whittemore*, Compliance with Divestiture Orders Under Section 7 of the Clayton Act : An Analysis of the Relief Obtained, Antitrust Bull., Vol. 17 (1972), p. 19-180 ; *Oehler*, op. cit., p. 210 et s. ; *Möschel*, op. cit. (supra note 2), p. 61.

d) Les risques

Comme risque sur le plan non concurrentiel, il faut noter le danger d'une politique voilée de structure industrielle si les autorités administratives disposent de cet instrument de déconcentration. On observe les débuts d'une telle politique dans le cadre de la CEE en ce qui concerne le contrôle de la concentration économique d'après l'article 66 parag. 5 du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (22). Plus les critères d'intervention sont précis et plus la procédure est dominée par des principes juridiques, plus ce risque est diminué. Mais vu l'imprécision inévitable des termes juridiques en cette matière il ne se laisse pas totalement écarter. Le risque concurrentiel central d'une législation de déconcentration est le danger des «disincentives», c'est-à-dire que cette législation pourrait manquer son but et au lieu de stimuler les libertés concurrentielles, entraver au contraire les processus compétitifs. Mais ceci reste en fin de compte aussi un problème de formulation concrète des critères juridiques. J'y reviendrai. Encore plus important est la reconnaissance de principe qu'un tel risque existe généralement dans le droit concurrentiel en dehors d'un secteur étroit de «per se-rules». Ce risque pourrait être d'une importance particulière dans ce contexte, étant donné les effets incisifs d'une déconcentration économique. Mais ce fait ne justifie pas a priori une non-intervention définitive du législateur.

e) Le problème de la nécessité

La question a un côté réel et un côté normatif. A l'égard de l'aspect réel, je partage l'avis de la commission allemande des monopoles (23) selon lequel une progression lente mais constante de la concentration dans les différents secteurs économiques ne justifie pas d'une manière convaincante une législation de déconcentration. Car les résultats de tels «overall statistics» ont une valeur très limitée vue la collection de données pas assez spécifiques. La commission des monopoles s'est tenue plutôt à l'existence de positions dominantes. Elle le fit en effectuant trois différenciations (24), devant lesquelles on reste sceptique.

- Des positions dominantes pourraient aussi en l'état actuel du droit de la concurrence se former sans aucun contrôle par une croissance interne. C'est correct, mais somme toute le moindre problème de la politique concurrentielle.
- Des positions dominantes pourraient aussi résulter d'une concentration externe tant que celle-ci reste hors de portée d'un contrôle juridique existant.

(22) Commission de la C. E. E., Grundzüge einer Wettbewerbspolitik hinsichtlich der Strukturen der Stahlindustrie, AB1 C 12, 30 Jan. 1970, p. 5 ; 1. Bericht über die Entwicklung der Wettbewerbspolitik, 1972, p. 19.

(23) *Monopolkommission*, op. cit. p. 180.

(24) *Monopolkommission*, op. cit. p. 181.

tant. Cependant, ceci est plutôt un problème de réforme d'un tel contrôle et non de législation de dissolution.

- Des positions dominantes auraient déjà existé avant l'entrée en vigueur d'un contrôle de concentration économique et subsisteraient jusqu'à nos jours. Cependant on manque de connaissances précises, en dehors de quelques enquêtes dans certains cas spécifiques (25). Plus important est le fait que la constatation d'une position dominante, notion très éloignée du «monopoly power» au sens de la Section 2 du Sherman Act, reste neutre du point de vue d'une politique de concurrence. Cette position peut être le résultat de processus concurrentiels. Aussi la réduction du problème de déconcentration à un contrôle de concentration externe avec le critère concevable d'une position dominante qui pourrait surgir ou être renforcée n'est pas possible, ainsi qu'il est montré plus haut. La discussion controversée de questions analogues aux États-Unis (26), ne sera pas traitée ici, car l'aspect réel de la nécessité me paraît d'une importance secondaire. Le législateur n'est pas tenu simplement à suivre les évolutions économiques ou à attendre que des mesures correctives deviennent inévitables. Il peut aussi essayer de prendre des mesures préventives et risquer ainsi, tout au plus, qu'une telle législation se révèle obsolète.

L'aspect normatif de la nécessité vise à d'autres options législatives :

- Une réduction des incitations étatiques à la concentration économique est sûrement raisonnable du point de vue concurrentiel. Mais elle ne peut appréhender les causes stratégiques d'une concentration économique, notamment la tentative de se libérer du joug de la concurrence. Une telle réduction serait un complément important, mais ne pourrait se substituer à une politique concurrentielle curative.

- Un contrôle de la concentration externe aura toujours une nette priorité sur des mesures de dissolution, comme le montrent justement les expériences américaines. Mais une telle politique est limitée à un champ d'application restreint.

- L'idée d'un contrôle préalable également de la croissance interne de l'entreprise aboutirait à un contrôle des investissements, en dernière analyse à une surveillance de l'entière politique d'une entreprise. Ceci n'aurait plus rien à voir avec un système concurrentiel et encore moins avec ne serait ce que des traces de critères juridiques. Une pratique de ce genre qui peut aller jusqu'à l'interdiction de certains investissements, existe aux États-Unis dans le secteur de «consent decree» (27). Mais il s'agit

(25) V. le rapport du Bundeskartellamt 1973 (BT-Drucksache 7/2250), p. 14, 59 et s. ; voir aussi *Champaud*, Le contrôle des concentrations en France depuis 1977, Rev. trim. de droit comm. 1980, p. 421 et s.

(26) *Supra* note 16.

(27) P. ex. *United States v. American Cyanamid Co.*, 1964 Trade Cases parag. 71,166 (S. D. N. Y. 1964), p. 79, 631 chap. V.

ici d'une sorte de compromis judiciaire, en outre toujours utilisé comme substitut ou complément à des mesures de déconcentration dans des cas concrets. Ceci est tout à fait autre chose, comparé à l'idée d'un contrôle général de l'expansion interne des entreprises.

- Le renforcement d'un contrôle des entreprises en position dominante ou —formulé d'une manière générale— l'application accrue des sanctions visant les comportements condamnables n'est pas une option très attirante. Comme il n'existe guère de comportements monopolisants en soi et que les actions des entreprises peuvent être très ambiguës sous l'aspect concurrentiel, en fonction des conditions différentes de marché, l'application de la loi concurrentielle se heurte ici inévitablement à d'étroites limites. En outre, des contrôles permanents et élargis du comportement des entreprises absorbent des ressources personnelles et matérielles dans une large mesure. Des opérations de caractère structurel auraient de ce point de vue un certain effet d'allègement. Dans le droit américain, on peut en plus montrer à l'aide de nombreux cas, qu'une réglementation du comportement, conçue comme équivalent d'une dissolution se révélera inefficace et dût être, en fin de compte, remplacée par des mesures de déconcentration (28).

Mais la question reste posée de savoir, si la définition des critères juridiques de déconcentration ne souffre pas elle aussi de faiblesses analogues.

TROISIEME PARTIE

LES CRITERES DE L'INTERVENTION

Au premier plan de la discussion se trouvent d'un côté des thèses basées plutôt sur le comportement des entreprises, de l'autre des thèses basées plutôt sur la structure des marchés et des entreprises.

1 - Critères de comportement

Ceux-ci se réfèrent à un comportement anticoncurrentiel dans un sens très large. En droit américain on se trouverait dans le ressort de la Section 2 du Sherman Act (interdiction de la monopolisation), dans le droit français et allemand dans le domaine des abus de positions dominantes sur les marchés. Une telle orientation a trois avantages essentiels :

(28) Des exemples fameux sont les causes de la United Shoe Machinery Corporation (United States v. United Shoe Machinery Corp., 247 U. S. 32 (1918) ; United States v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953) aff'd 347 U. S. 521 (1954) ; 266 F. Supp. 328 (D. Mass. 1967) ; 391 U. S. 244, 251/252 (1968) ; 1969 Trade Cases parag. 72,688 p. 86, 455 et s. (D. Mass. 1969) ; pour le développement suivant voir Emhart Corp. v. USM Corp., 527 F. 2d 177 (1st Cir. 1975)) et la IBM (IBM Corp. v. United States, 298 U. S. 131 (1936) ; United States v. IBM Corp., 1956 Trade Cases parag. 68, 245 (S. D. N. Y. 1956) ; United States v. IBM Corp., 1963 Trade Cases parag. 70, 628 (S. D. N. Y. 1963)).

- Elle permet, conceptionnellement, de faire la distinction entre une expansion des entreprises, qui est uniquement l'expression d'une efficacité supérieure, et une croissance qui se développe sous des formes «inconvenientes» du point de vue concurrentiel. Le risque qu'une législation de déconcentration touche des entreprises, simplement plus efficaces que leurs concurrents, avec toutes les conséquences entravantes, serait réduit.

- Une législation de déconcentration avec ses effets incisifs se baserait ici sur une sorte de tort objectif et serait donc très bien justifiée dans un système de droit privé orienté vers une responsabilité personnelle.

- Il faut enfin tenir compte du fait que des critères structurels, relâchés par des règles d'exception (escape clauses), par exemple, à la façon d'une défense «thrust upon» selon la Section 2 du Sherman Act (29), reviennent en dernière analyse malgré tout à des critères de comportement. Ainsi un «conduct approach» reste plus conséquent dans sa méthode. Même la délimitation des marchés et la constatation des positions dominantes doivent aussi respecter les comportements des entreprises, au plus tard lorsque la dimension d'une concurrence potentielle entre en jeu.

A une telle conception s'oppose de l'autre côté un inconvénient de poids, à savoir un pronostic négatif du point de vue de l'efficacité : la constatation de comportements anticoncurrentiels se révèle très difficile, étant donné leur ambiguïté typique. La recherche du «smoking gun» proverbial concentre les regards sur le passé, tandis qu'une déconcentration devrait être logiquement orientée vers le futur. Des mesures correctives deviennent ici facilement voisines des sanctions pénales, ce qui du point de vue concurrentiel serait plutôt un élément secondaire. La dépense en temps et en argent de la part des autorités administratives est généralement élevée (30). Enfin, la réserve décisive me paraît être la suivante : lorsqu'on peut isoler des comportements condamnables, des corrections correspondantes restent concevables, par exemple des arrêtés d'interdiction. Tandis qu'au contraire, une législation de déconcentration se laisse justifier précisément là où les corrections du comportement des entreprises ne paraissent pas suffisantes.

2 - Conceptions structurelles

Des conceptions structurelles dominent la discussion américaine. Des propositions de réforme vont de Kaysen/Turner (1959), en passant par la commission Neal (1968) et les projets de loi des sénateurs Harris et Hart (1971-1975), jusqu'aux différents «No-Conduct-monopolization Proposals»

(29) L'acquisition et le maintien d'un monopole restent justifiés tant qu'on peut les ramener à «superior skill, foresight and industry».

(30) Regardez notamment le récit de la Shenefield Commission, *Report to the President and the Attorney General of the National Commission For The Review of Anti-trust Laws and Procedures, Washington 1979.*

(31) des dernières années. Malgré toutes les différentes nuances, ces propositions ont une série de traits fondamentaux communs :

- Elles sont basées sur des conceptions de position dominante sur le marché et non pas sur des critères purement quantitatifs, tels que le chiffre d'affaires etc. Ces derniers jouent un rôle en tant que critères supplémentaires ou en tant que critères pour l'élimination des cas de moindre importance.
- La plupart des propositions exigent en outre une durabilité (persistence), différemment fixée, de cette position dominante.
- En général, on préconise des exceptions pour des positions dominantes fondées sur des «scale economies» ou des brevets.

L'avantage de ces conceptions consiste —du moins à première vue— dans le fait qu'elles se basent sur des critères relativement clairs et facilement applicables dans la réalité économique. En plus, les sanctions visent, de prime abord à une transformation des marchés, plutôt qu'à une correction ponctuelle du comportement. Mais ici aussi on reste sceptique : malgré ces avantages, il est douteux que ces propositions puissent vraiment atteindre leur but, c'est-à-dire démanteler les structures des marchés. Plus important est l'argument selon lequel la réduction de complexité contenue dans ces propositions, paraît ne pas être suffisamment fondée du point de vue concurrentiel.

a) Les doutes concernant l'efficacité

Ces doutes proviennent du fait que la simplification des critères d'intervention est en réalité annulée dans un système de clauses d'exception (espaces clauses). Par cette porte de sortie, tous les différents éléments doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, par exemple l'histoire de l'industrie en question, le nombre et l'importance des entreprises dans les marchés concernés, les nouveaux accès au marché, les participations croisées à travers les différents marchés, etc. En outre, la justiciabilité de quelques éléments proposés reste problématique. Ceci est valable notamment pour l'aspect des «scale economies». Les méthodes appliquées (32) ici paraissent, d'après les connais-

-
- (31) *Kaysen/Turner*, Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis, Cambridge 1959, p. 266 et s. ; White House Task Force on Antitrust Policy, Concentrated Industries Act, Antitrust L. & Econ. Rev., Vol. 2, No 4 (1968), p. 11, 65 ; Hart Bill, voir supra note 6 ; Senate Antitrust Subcommittee Plans, CCH Trade Reg. Rep. No. 329 du 17 avril 1978, p. 9 ; *Dougherty jr.*, devant National Commission for the Review of Antitrust Laws and Procedures, Antitrust L. & Econ. Rev., Vol. 10, No. 3 (1978), p. 37 et s. ; *Areeda/Turner*, Antitrust Law, Boston, Toronto 1978, Vol. 3, parag. 614 et s. (égal p. 35 et s.) ; description en détail chez *Möschel*, op. cit. (supra note 2), p. 87 et s. ; la «Shenefield Commission» n'était pas capable de se mettre d'accord sur les «No-Conduct Monopolization Proposals», *Shenefield Commission*, op. cit. p. 151-163.
- (32) En détail p. ex. *Mc Gee*, Efficiency and Economies of Size, dans *Industrial Concentration : The New Learning* (supra note 6), p. 55, 65 et s. ; dans la littérature allemande notamment : *Lenel*, Zur Problematik der Ermittlung optimaler Betriebsgrößen und ihrer Verwendung, dans *Festschrift für Helmut Arndt*, Berlin 1976, p. 185 et s.

sances acquises jusqu'à présent, à peine utilisables dans un cadre juridique. Puisque des valeurs seulement escomptées entrent inévitablement en jeu, on ne peut guère s'imaginer que ceci pourrait changer un jour.

b) La base fragile de la théorie concurrentielle

Ceci est le point central de la critique. Elle s'adresse en premier lieu à l'importance primordiale, pour ne pas dire exclusive, qui est attribuée par ces propositions au critère de la part sur le marché. Derrière une telle méthode quantitative se trouve, comme on sait, l'idée simpliste que de telles structures entraînent des limitations de l'«output» et ainsi des prix de monopole. Dans un oligopole étroit, ceci devrait être causé par une simple identité des intérêts des membres du marché. Dans cette simplification et généralisation, cette idée a été de plus en plus ébranlée. La thèse des «administered prices» s'est révélée problématique sous le feu croisé d'une critique empirique (33). L'essai d'une vérification indirecte par la voie d'une relation entre le grade de concentration et la rentabilité des entreprises reste dans son résultat extrêmement controversé (34). Quoiqu'il en soit, ces résultats auraient peu de valeur, car des profits importants peuvent aussi découler d'autres facteurs, notamment d'une meilleure efficacité économique. Inversement des profits modestes, malgré une assez grande part sur le marché, peuvent être causés par les dits «X-inefficiences» (35) (inflexibilités et lourdeurs des grandes entreprises).

La variante d'un comportement parallèle, parmi les nombreuses théories d'oligopoles, n'est pas non plus soustraite à des doutes, si l'on considère combien d'ententes effectives ont été découvertes par les autorités antitrust dans les marchés d'oligopoles existants et combien de fois ces ententes se sont dissoutes à cause de leur instabilité connue (36). De plus, il faut tenir compte du fait qu'une part importante sur un marché, peut être le résultat du comportement d'un tiers, par exemple lorsque celui-ci se retire du marché. En général, on ne devrait pas négliger les raisons pour lesquelles des structures spécifiques se sont formées sur le marché. Si c'étaient des forces concurrentielles, faciles à concevoir dans le cas d'une croissance interne, une déconcentration

(33) Voir *Brozen*, op. cit. (supra note 15), p. 831 et s.

(34) Evaluation des analyses chez *Weiss*, The Concentration-Profits Relationship and Antitrust, dans *Industrial Concentration : The New Learning* (supra note 6), p. 184 et s. ; *Winn*, *Industrial Structure and Performance 1960-1968*, Ann Arbor, 1975 ; *Dewey*, *Industrial Concentration and the Rate of Profit : Some Neglected Theory*, *J. L. & Econ.*, Vol. 19 (1976), p. 67 ; *Peltzman*, *The Gains and Losses from Industrial Concentration*, *J. L. & Econ.*, Vol. 20 (1977), p. 299 ; *Brozen*, op. cit. (supra note 15), p. 826 et s. ; *Carter*, op. cit. (supra note 15), p. 435 et s.

(35) *V. Leibenstein*, *Allocative Efficiency v. «X-Efficiency»*, *AER*, Vol. 56 (1966), p. 392 et s.

(36) Voir *Brok*, op. cit. p. 181 et s. ; *Brozen*, op. cit. (supra note 15), p. 883 avec d'autres références.

devrait déclencher —*ceteris paribus*— de nouveau des processus analogues. Enfin la possibilité des effets disciplinaires de la concurrence potentielle ne devrait pas être, de façon générale, sous-estimée dans ce contexte. Comme les grandes entreprises, bien financées et bien dirigées, peuvent croître dans presque chaque direction paraissant rentable, c'est bien plus la question inverse qui est possible, à savoir : la concurrence potentielle ne retrouve-t-elle pas plutôt une importance croissante sur des marchés nombreux ?

L'idée de la commission allemande des monopoles d'orienter une telle législation en premier lieu sur un comportement abusif, lorsque celui-ci est conditionné par la structure du marché (37), ne représente pas un progrès réel. Elle reconnaît elle-même ne pas savoir ce que c'est (38). Il est peu probable que les tribunaux soient prêts à résoudre ce problème à la place du législateur (39). La remarque de la commission qu'un abus de ce genre existerait en premier lieu sous la forme d'une exploitation de l'acheteur et spécialement en cas de marché à forte concentration (40), parle en faveur de la thèse selon laquelle la commission pense en réalité à une théorie simpliste d'oligopole. Un contrôle des prix trop élevés se heurte en vérité —selon toutes les expériences faites (41)— à des difficultés à peine surmontables.

Avec les réserves ici formulées, je ne voudrais pas «jeter l'enfant avec l'eau du bain», c'est-à-dire pêcher par excès. Je ne m'en prends pas à la thèse selon laquelle des marchés à forte concentration «carry within them the seeds of anticompetitive behavior» (42). On doit seulement rester conscient du fait qu'il s'agit d'une règle prononcée à «vue de nez», du point de vue concurrentiel, qui, comme déjà mentionné plus haut, ne devrait pas être maniée sans filet de sécurité. Pour une législation de déconcentration avec ses effets particulièrement incisifs, les critères d'intervention devraient être pour cette raison conçus d'une façon plus large. Celle-ci devrait se baser conjointement sur le comportement des entreprises et sur les données structurelles, le cas échéant aller au delà des marchés spécifiques par le moyen des enquêtes de secteurs.

(37) *Monopolkommission*, op. cit. p. 193.

(38) *Ibidem* p. 194.

(39) Il est significatif qu'aux États-Unis Neal, Turner, Harris et Hart croyaient que le droit existant serait une base suffisante pour une politique de déconcentration, mais néanmoins ils jugeaient nécessaire un «clear congressional call for action».

(40) *Monopolkommission*, op. cit. p. 194.

(41) En détail *Möschel*, dans Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, München 1981, parag. 22 Nos. 128-176 ; *Möschel*, Le contrôle des prix d'après le droit allemand et européen sur les restrictions de la concurrence, RMC 1977, p. 262 et s. ; Cour de Justice des Communautés européennes, arrêt du 14 février 1978 - United Brands Company et United Brands Continental BV contre Commission des Communautés européennes. - affaire 27-76, Recueil 1978, p. 207, 305.

(42) *Brodley*, Oligopoly Power Under the Sherman and Clayton Acts : From Economic Theory to Legal Policy, Stanford Law Rev., Vol. 19 (1967), p. 285, 338.

L'objet de la déconcentration ne sont pas les marchés mais les entreprises qui opèrent en réalité sur une multitude de marchés différents. En tout cas il faut éviter les solutions prématurées. Pour citer Judge Wyzanski, juge américain célèbre en matière d'antitrust, dans un autre contexte, on devrait approcher ces questions plutôt avec «caution and humility» (43).

(43) U. S. v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295, 348 (D. Mass. 1953).

REALITE DU PACIFISME DE DESARMEMENT DANS LA CONSTITUTION JAPONAISE *

Par le Professeur SHIMIZU
Doyen de la Faculté de Droit de l'Université Chuo
(Tokyo)

— I —

AVANT-PROPOS

Le préambule de la Constitution japonaise (en 1946) proclame le pacifisme et la coopération internationale, tandis que, fondé sur ces principes-ci, l'article 9 déclare le désarmement. Mais au temps de la guerre de Corée (en 1950), l'armée d'occupation au Japon a commencé le réarmement ; selon son interprétation, l'article 9 admettait les armements pour la défense. Et aujourd'hui 15 % des spécialistes de la Constitution soutiennent cette interprétation. Pourtant à l'origine, tout le monde a interprété l'article 9 comme un engagement au désarmement total, et tout le monde a admis que «le Pacifisme» était une des plus grandes caractéristiques de la Constitution japonaise.

Ce pacifisme de désarmement est fondé sur l'espérance que l'humanité parviendra à vivre dans un monde sans armements. L'état actuel des armements dans le monde moderne nous fait sentir vivement la nécessité de réaliser un désarmement, qui puisse épargner à l'humanité la catastrophe de la guerre. Il y avait et il y a aujourd'hui encore des pays (par exemple la France) dont la Constitution déclare le renoncement à la guerre d'invasion. Et une organisation internationale, comme l'ONU (avec l'article 51 de la Charte des Nations Unies), n'admet qu'une guerre défensive, en limitant sa durée et les moyens employés ; un gouvernement ne peut décider d'y recourir que comme à une mesure d'urgence exceptionnelle.

Ainsi le pacifisme de désarmement de la Constitution japonaise a pris l'initiative du désarmement dans le monde entier en surpassant soit la restriction des activités belliqueuses à la guerre de défense, soit le système de la sécu-

* Communication à la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université d'Aix-Marseille III, à Aix-en-Provence, le 18 novembre 1982. Nous sommes particulièrement fiers et honorés de pouvoir publier ici l'importante conférence de Monsieur le Doyen Shimizu. Elle fut donnée devant un important auditoire de professeurs et d'étudiants aixois qui furent vivement intéressés par les réflexions de l'éminent spécialiste que la Faculté de Droit et de Science Politique s'enorgueillissait d'accueillir.

rité collective qui présuppose les armements de chaque pays, (par exemple, l'article 52 de la Charte des Nations Unies), soit la mesure qui consiste à limiter le niveau des armements. Cependant devant les guerres localisées et la course aux armements qui ont menacé la paix après la Seconde Guerre Mondiale, nombreux sont ceux qui ont commencé à critiquer cet article 9 comme illusoire. La présente conférence a pour but de révéler le sens positif de ce pacifisme de désarmement, qui pourrait d'ailleurs contribuer à établir la paix de l'humanité et de vous montrer comment s'est réalisée cette idée dans le cas actuel du Japon, en espérant que l'expérience japonaise dans le pacifisme de désarmement puisse contribuer d'une certaine manière à la paix mondiale.

— II —

Nous verrons pour commencer le changement de l'interprétation de l'article 9 par le gouvernement et le jugement de tribunaux au cours des années où le Japon a conclu le Traité de sécurité nippo-américain et a commencé son réarmement.

Au temps de la guerre de Corée en 1950, Mac Arthur, commandant en chef des forces alliées, a ordonné au gouvernement japonais de créer les réserves de police (75 000 hommes). En 1952, par le Traité de San Francisco le Japon a regagné son indépendance, à la condition d'offrir aux Américains des terrains pour les bases militaires, car ceux-ci l'avaient exigé avec le Traité de sécurité nippo-américain. Dans la même année, les réserves de police sont élevées au rang d'armée de sécurité ; celle-ci a pour but de prendre des mesures contre les invasions indirectes étrangères et dotées d'équipements militaires tels que des canons, des chars et des avions. Les partis d'opposition ont reproché alors au gouvernement cette décision en disant que l'armée de sécurité était contraire à la Constitution. Mais le gouvernement a donné une nouvelle interprétation à l'interdiction, par l'article 9, de la «force militaire» ; selon le gouvernement, la force militaire est celle qui s'équipe suffisamment pour exécuter une guerre moderne, offensive ; mais l'armée de sécurité japonaise ne constitue par une telle force ; elle reste conforme à l'esprit de la Constitution (en 1952).

En 1954, l'armée de sécurité est devenue la force d'Auto-défense, qui a pour but de prendre des mesures contre les invasions directes étrangères. Et jusqu'à aujourd'hui les armements de cette garde de défense continuèrent de se développer selon les exigences américaines se fondant sur le Traité de sécurité nippo-américain.

Or le gouvernement japonais a affirmé non seulement que la présence de l'armée américaine au Japon n'était pas contraire à l'article 9, mais aussi que la garde de défense, ne menaçant pas les autres pays, n'était pas une force militaire interdite par cet article.

Maintenant on va voir comment les tribunaux jugèrent la garde de défense. Pour cela il y eu trois sortes de jugements : d'abord, un jugement favorable à l'interprétation gouvernementale ; ce fut l'arrêt rendu par la tribunal de Mito, en février 1972 ; ensuite un second jugement qui a condamné la garde de défense comme contraire à la Constitution, jugement du tribunal de Sapporo en septembre 1972 et enfin, la cour d'appel de Sapporo s'abstint de juger considérant la décision comme un acte de gouvernement (août 1976). Et c'est sans doute à ce dernier jugement que la cour suprême se ralliera à l'avenir. En effet, en ce qui concerne l'armée américaine au Japon, la cour suprême s'est déjà abstenue de juger considérant cette affaire comme relevant d'un acte de gouvernement (en décembre 1959).

— III —

RENFORCEMENT DE LA FORCE MILITAIRE AU JAPON ET EVOLUTION DE LA CONSCIENCE POPULAIRE

Le réarmement japonais est le fait des pressions du gouvernement américain et du soutien des puissances conservatrices japonaises. Des suites de l'échec dans la guerre du Viêt-Nam et de la détérioration de la situation économique, les États-Unis ont été rattrapés dans la course aux armements par l'Union Soviétique. Ainsi les Américains ont exigé des Japonais qu'ils se chargent à leur place de la défense contre l'U. R. S. S. dans cette zone. A l'intérieur même du Japon, il y a eu des discussions à ce sujet dans les milieux politiques et économiques conservateurs qui ont lancé le slogan de la menace soviétique pour gagner le soutien populaire.

L'entrée en scène du gouvernement Reagan et l'invasion soviétique de l'Afghanistan (fin 1979) ont mis à la mode en quelque sorte cette menace soviétique. Le journal *Asahi*, dans une série d'articles, a révélé que cette discussion sur la menace soviétique était exagérée et dépourvue de réalité.

Cependant, selon le plan de renforcement des forces militaires récemment adopté par le gouvernement japonais, le Japon sera en 1987 la troisième puissance militaire dans la région Pacifique après les États-Unis et l'Union Soviétique.

Par exemple, le Japon aura 75 chasseurs F15J, 50 avions patrouilleurs ainti sous-marin P3C, 45 hélicoptères anti-chars, 373 chars type 74, 14 destroyers, 6 sous-marins, etc... et il aura ainsi la capacité de résister un mois à une attaque soviétique limitée. Cependant si cette attaque est à plus grande échelle, les forces militaires seront réduites à néant immédiatement.

Devant le renforcement des forces militaires que les États-Unis continuent d'exiger et l'ampleur du débat sur la défense au sein du parti conservateur et dans les milieux d'affaires, comment réagit le peuple japonais ?

Selon les sondages d'opinion publiés par le journal *Asahi* en mars 1980, 25 % des japonais étaient pour le renforcement de la force de défense, 58 % pour le maintien de l'état actuel, 11 % pour la réduction de la garde de défense et 5 % pour l'abolition de la garde de défense. A la question : «Est-ce que vous pensez que les États-Unis protégeraient le Japon en cas de besoin, comme le prévoit le Traité de sécurité nippo-américain ?», 22 % répondaient oui, 59 % non. De là on peut conclure que le peuple japonais n'a pas tellement confiance dans les Américains. Tandis que lors des sondages d'opinion de mars 1981, 47 % ont répondu que la garde de défense était conforme à la Constitution, 17 % ont répondu qu'elle était contraire et 22 % ont répondu qu'elle était ni conforme ni contraire. Mais la plupart des gens qui ont répondu qu'elle était conforme à la Constitution, n'ont pas émis ce jugement en fonction de leur interprétation de l'article 9 ; ils ont été influencés pas l'image qu'ils avaient des forces militaires ; celles-ci sont, en effet, établies déjà depuis des années, et elles s'avèrent très souvent utiles lors de désastres, cataclysmes, etc...

Or il me semble que non seulement les autorités militaires, mais aussi le peuple n'envisagent pas assez sérieusement le danger d'une guerre qui pourrait provoquer l'anéantissement total de la race humaine. On pourrait penser que le bouton nucléaire ne serait pas poussé en vertu de l'équilibre des forces nucléaires entre l'État et l'Ouest ; le contraire, serait irrationnel. Mais une défaillance matérielle (par exemple en 1980, le quartier général de l'armée de l'air de la stratégie américaine a pris une panne d'une petite pièce pour une attaque nucléaire de l'Union Soviétique), ou de défaillance mentale du personnel (par exemple, aux États-Unis, des militaires employés à l'opération des armes nucléaires sont soumis au déplacement quand ils sont drogués).

Donc, pour que l'humanité puisse survivre dans cet environnement, nous n'avons qu'un choix à faire, celui d'abolir toutes les guerres. Et c'est justement l'article 9 de la Constitution japonaise qui ouvre une voie pour atteindre cet objectif. Mais comment se réalise la sécurité dans le cadre de l'article 9 ? C'est ce que nous allons voir maintenant.

— VI —

SECURITE SELON LE PACIFISME DE DESARMEMENT

Au centre du mouvement de plus en plus intense de désarmement, anti-nucléaire, s'inscrit l'article 9 de la Constitution japonaise ; on peut séparer le principe de cet article 9 du principe de coopération internationale dont la réalisation prend place au sein d'une politique pacifiste fondée sur le respect de l'autonomie de chaque pays.

Voici donc la première étape pour la sécurité internationale : détendre les rapports entre les nations par le moyen des négociations diplomatiques, car la tension des relations entre les pays est la première cause de la guerre. Pour le peuple japonais, à l'heure actuelle, la sécurité dépend de ses relations avec l'Union soviétique. Beaucoup de spécialistes ont remarqué que le réarmement qui se fait en considérant l'Union soviétique comme l'ennemi pourrait ruiner la sécurité du Japon. Cependant le gouvernement a continué de négliger cette position. C'est pourquoi je voudrais proposer l'idée suivante : c'est qu'il faudrait créer des moyens de communication internationale à un niveau plus local au niveau des organisations municipales et à celui d'organisations non-officielles, afin d'empêcher que le niveau gouvernemental soit la seule voie pour les relations extérieures et la communication internationale.

Toutefois, en ce qui concerne la communication internationale au niveau des municipalités, il y a, en 1982, 395 villes japonaises qui sont jumelées avec des villes étrangères d'après la Société des Municipalités Japonaises pour l'Amitié Internationale. Ainsi plus la communication entre les organisations municipales japonaises et des villes étrangères est grande, plus elle est efficace pour maintenir une politique pacifiste entre les nations.

D'autre part, la solidarité internationale au niveau des Organisations Non-Gouvernementales (ONG) est aussi importante. L'ONU même, accordant de l'importance à cette solidarité (Charte 71), fait des efforts pour résoudre les problèmes fondamentaux par ces moyens. En dehors de l'ONU, on ne peut tout de même pas négliger l'importance de la communication internationale au niveau des ONG, qui pourrait, elle aussi, contribuer à maintenir activement l'entente mutuelle entre les peuples ; car il arrive de temps en temps que la politique gouvernementale entrave cette entente mutuelle.

Enfin de compte, il est essentiel que les peuples d'histoire, de climats de langues différents se fondent sur une organisation internationale comme l'ONU bien sûr, et qu'ils participent positivement au mouvement de désarmement en nouant des liens amicaux entre eux. Surtout entre les nations où il y a une tension, on peut ou on doit commencer par des échanges sportifs et culturels, qui seraient la première étape pour freiner la course aux armements d'abord et ensuite pour frayer la voie au désarmement.

— V —

CONCLUSION

Comme nous venons de voir, la sécurité du peuple est assurée non pas par les armements qui présupposent la guerre, mais par la suppression des causes de guerre. Il y a quelques années le journal *Asahi* a fait des sondages d'opinion. A la question : « Qu'est-ce qui est le plus important pour défendre

le Japon ?», 42 % ont répondu que c'est la politique pacifiste, 20% ont répondu que c'est la force économique ; pour 15 %, c'est la Constitution pacifique ; pour 13 %, c'est l'aide américaine (enquête d'octobre 1978). Ce résultat prouve que mon opinion est partagée par la plupart des japonais. Même lors des sondages d'opinion réalisés par le gouvernement ; à la question : «Que doit-on faire pour la paix et la sécurité ?», 79 % ont répondu que l'on doit renforcer la politique pacifiste (*Asahi* du 16 août 1982), ce qui prouve aussi que la plupart des japonais cherche l'assurance de la paix par des négociations diplomatiques.

Après tout le désarmement est précisément la pierre de touche de la sagesse pour la coexistence humaine sur la terre. Et cette sagesse s'est déjà trouvé inventée, comme nous venons de le voir, dans le pacifisme de désarmement de la Constitution japonaise.

VERS UN NOUVEL ORDRE NUCLÉAIRE INTERNATIONAL *

Par Wolfgang GRAF VITZTHUM

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Tübingen - RFA

Professeur associé à l'Université de Droit, d'Économie et de Science
d'Aix-Marseille III

— I —

La recherche d'un ordre nucléaire mondial se trouve face à deux centres d'intérêts apparemment peu conciliables :

- d'une part, les pays non-nucléaires réclament le libre accès à l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire —c'est la politique de la «*distribution*» internationale de la science et de la technologie nucléaires : les États possédant la maîtrise du nucléaire civil sont tenus de faire participer à celle-ci les autres pays du monde par la voie de la coopération ;

- d'autre part, toute exportation de matériel nucléaire et toute diffusion de la technologie nucléaire comportent des risques potentiels de *prolifération* des armes nucléaires en raison du passage théoriquement possible du nucléaire civil au nucléaire militaire et de la production possible de plutonium à usage militaire —c'est le problème de la prolifération *horizontale*, autrement dit l'accroissement du nombre de puissances nucléaires ; en outre la recherche d'une sécurité mondiale exige tout aussi expressément que les États possesseurs d'armes nucléaires s'engagent à arrêter leur course aux armes nucléaires— c'est la question de la non-prolifération *verticale*.

Nul ne sera étonné d'apprendre que la politique de non-prolifération des armes nucléaires d'une part et celle de la distribution et de l'accès au nucléaire d'autre part ne sont pas toujours facile à intégrer. Comme l'exportation d'une centrale nucléaire ou d'une usine d'enrichissement ou de retraitement peut, dans certains cas, comporter le risque d'un abus de l'usage civil, l'équilibre entre la politique de la distribution et la politique de la non-prolifération reste délicat. Pourtant chaque État responsable qui participe aux échanges commerciaux internationaux, y compris les échanges nucléaires, doit mener une politique qui tienne compte de ces deux aspects. Les questions, quelquefois difficiles, qui se posent dans la poursuite d'une telle politique sont devenues un argument important d'une partie de l'opinion publique hostile à l'électro-nucléaire.

* Cet article a été préparé pour une conférence à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, le 6 mai 1982. L'article a été mis à jour le 30 juin 1982.

La politique nucléaire internationale doit minimiser les risques de la prolifération des armes nucléaires sans compromettre les applications pacifiques de l'énergie nucléaire et sa diffusion transnationale. Une telle politique doit reposer sur un consensus international relatif à des dispositions satisfaisantes en faveur de la non-prolifération des armes nucléaires et de la sécurité à long terme des approvisionnements et des ressources énergétiques, ainsi que sur le principe d'égalité de droit, notamment au bénéfice des pays en voie de développement (PVD). Une politique de refus, c'est-à-dire une politique de pressions visant à empêcher toute exportation de technologie nucléaire réputée proliférante risque d'avoir l'effet contraire à celui recherché. Une tendance à monopoliser l'énergie nucléaire au sein des puissances industrialisées serait jugée intolérable par les PVD.

Ainsi se trouve posée la question de la place d'une politique internationale de la distribution et de la prolifération nucléaire, face à un monde où cinq «grands» disposent de formidables armes atomiques et un bon nombre de pays de second rang sont en train d'acquérir, ou ont déjà acquis, la capacité de se doter d'armes atomiques, et face aux revendications pour un nouvel ordre international cherché par les PVD. La communauté internationale est-elle en train d'établir un nouvel ordre nucléaire mondial ?

— II —

Bien que pour la solution de ce double problème de distribution et de non-prolifération les considérations politico-juridiques soient encore plus importantes que les données technico-économiques, quelques précisions sur *le contexte technique* (1) s'imposent.

L'arme nucléaire repose sur le phénomène physique suivant lequel la fission d'un noyau d'atome très lourd en composants plus légers libère une quantité d'énergie considérable. Cette fission s'opère par l'intermédiaire de neutrons. Or, parmi les produits de fission ne se trouvent pas seulement des noyaux plus légers, mais aussi des neutrons libres. Si l'on réussit à les empêcher de sortir du système, une réaction en chaîne se déclenche. Par conséquent, pour construire des explosifs nucléaires trois conditions essentielles doivent être remplies : il faut de la matière fissile spéciale, un moyen pour empêcher les neutrons de sortir du système et les connaissances sur les technologies dites «sensitives». Comme matière fissile spéciale, on peut utiliser soit l'isotope 235 d'uranium (un minimum de 12 kg), soit l'isotope 239 de plutonium (un minimum de 5 kg). Ces deux produits n'existent pas à l'état naturel. L'Ur 235

(1) Un tour d'horizon des questions se trouve chez H. Michaelis, *Handbuch der Kernenergie I*, Munich 1982, pp. 23-102 ; L'ONU, *Comprehensive Study on Nuclear Weapons*, New York 1981, pp. 17-20 ; A. Kastler, *Nucléaire civil et nucléaire militaire*, dans : *Le Monde*, 1er juin 1982 ; M. Hertsgaard, *Le président Reagan bouleverse les bases de la politique nucléaire*, dans : *Le Monde diplomatique*, juin 1982.

nécessite en tout cas un long processus d'enrichissement de l'uranium naturel. Le plutonium peut être récupéré de l'uranium irradié d'un réacteur nucléaire par un processus de retraitement. La plupart des bombes modernes utilisent le plutonium Pu 239, moins cher et moins difficile à produire que l'Ur 235.

Ces constatations nous permettent de caractériser le risque de prolifération présenté par les diverses formes d'utilisation civile du nucléaire. Le développement nucléaire, à partir d'une certaine échelle, doit élargir les connaissances et l'expérience des techniciens d'un pays dans le domaine des technologies sensibles. Du point de vue technique il est possible pour un pays ayant un développement nucléaire suffisamment avancé d'accumuler de la matière fissile, matière qui, en principe, pourrait être utilisée à des fins militaires.

La politique de non-prolifération des armes nucléaires portait donc dès le début sur l'effort de contrôle de l'utilisation pacifique de la matière fissile, y inclus les stades de l'enrichissement et du retraitement, qui sont les étapes les plus sensibles du point de vue de la prolifération (2). Cependant, le détournement de la matière fissile vers des buts militaires malgré un engagement d'utilisation pacifique, bien que théoriquement possible, est une action politique très délicate qui n'a jamais eu lieu à ce jour. Pour développer un programme militaire, un gouvernement peut suivre soit la voie du détournement de technologie nucléaire civile, soit celle de la réalisation d'installations nucléaires spécifiques totalement déconnectées de tout programme civil, ce qui paraît être la solution la plus probable. La «voie civile», en tout cas, est la plus longue et la plus onéreuse.

Finalement, il faut prendre en considération deux autres éléments : le premier étant qu'à l'heure actuelle, les techniques détaillées de l'enrichissement et du retraitement sont peu répandues parmi les pays non dotés d'armes nucléaires, et le deuxième étant qu'il est possible de contrôler l'emploi des produits de fission, aussi longtemps que l'on peut contrôler la matière fissile qui est entrée dans une centrale donnée. De là, certaines réticences en ce qui concerne l'exportation de centrales refroidies à l'eau lourde (3), qui permettent l'emploi d'uranium naturel, c'est-à-dire d'une matière fissile dont l'origine paraît plus difficile à surveiller (4).

-
- (2) Voir B. Goldschmidt, *Le complexe atomique. Histoire politique de l'énergie nucléaire*, Paris 1980, pp. 372 s. ; K. Kaiser, *A la recherche d'un ordre nucléaire mondial, politique étrangère* 43 (1978), pp. 145 ss.
 - (3) Voir H. Haftendorn, *Die Nuklearpolitik der Vereinigten Staaten zwischen Autonomie und Interdependenz*, dans : L. Wilker (éd.), *Nuklearpolitik im Zielkonflikt*, Cologne 1980, pp. 13 ss., 17 ss. - L'administration Carter semblait favoriser la technologie des réacteurs à l'eau légère (centrales à uranium légèrement enrichi et utilisant l'eau comme modérateur), car elle fut considérée comme sûre et fiable.
 - (4) Voir Goldschmidt, op. cit. (note 2), en ce qui concerne le risque du détournement de matière fissile à la fabrication des poisons radioactifs.

— III —

C'est là le scénario politico-juridique et économique-technique du système nucléaire *traditionnel*. Le club des puissances en possession de l'arme nucléaire essayait de maintenir son cartel pour assurer la paix mondiale, certes, mais aussi pour profiter du prestige politique que confère le statut d'une puissance atomique. Cet ordre hégémonial a été fixé sous forme juridique par le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP) de 1968 (5), traité à vocation universelle dont la France et la Chine, ainsi que des pays du seuil nucléaire comme l'Inde, le Pakistan, le Brésil, l'Argentine, l'Afrique du Sud et quelques pays du Moyen-Orient ne font pas partie. A la longue, cette non-adhésion au TNP peut s'avérer fatale pour les objectifs du traité, jusqu'à présent sauvegardés tant bien que mal (6). L'universalité du système de TNP reste le but le plus important et aussi le plus complexe pour la politique de non-prolifération.

Pour que le système de non-prolifération des armes nucléaires soit efficace, il était indispensable de réduire globalement le risque de la prolifération *horizontale*. Comme nous venons de le voir, il s'agissait principalement de mettre en place un système qui garantisse que la matière fissile soit employée exclusivement pour la production d'énergie électrique et ne soit pas détournée à des fins militaires. On a donc employé deux formes de stratégies : celle de la coopération et du contrôle, et celle du refus.

En ce qui concerne la *première*, mettre un tel système de coopération et de contrôle à la disposition de la communauté mondiale, était l'un des objectifs à atteindre. De là est née l'Agence Internationale de l'Énergie Atomique (AIEA), créée à Vienne le 26 octobre 1956 (7). L'Agence, située dans l'Organisation des Nations Unies (ONU), joue un rôle d'agent international de transfert de technologie nucléaire et de contrôle de l'utilisation de cette énergie. Aux inspecteurs de l'AIEA, s'ajoutent ceux de l'EURATOM, fondé le 25 mars 1957 (8), dont, bien sûr, le champ d'action est limité aux territoires des pays des Communautés Européennes (9).

(5) UNTS vol. 729, p. 161 — Doc. AIEA, INFCIRC/40 du 22 avril 1970. Voir M.-F. Furet, *Le désarmement nucléaire*, Paris 1973, pp. 112 ss.

(6) C'est dans un autre sens qu'a été conclu le Traité de Tlatelolco de 1967, (UNTS vol. 634, p. 326), un traité de dénucléarisation de l'Amérique Latine. - Les charges nucléaires «pacifiques», qui avaient trouvé dans le TNP une certaine légitimation internationale (mais qui ne peuvent pas être distinguées de celles destinées à des fins militaires), ne sont pas interdites par le Traité de Tlatelolco, et le Brésil a pris une position ambiguë quant au droit de procéder à des explosions nucléaires «pacifiques». - Les Nations Unies se servent, entre autres, du Traité de Tlatelolco pour inciter les puissances nucléaires à renoncer à la multiplication de leurs armes atomiques. - Sur ce Traité voir Furet, *op. cit.* (note 5), pp. 176 ss.

(7) UNTS vol. 299, p. 211.

(8) UNTS vol. 298, p. 167.

Actuellement, le problème primordial d'une coopération internationale nucléaire est celui de l'approvisionnement nucléaire. L'EURATOM s'en occupe depuis longtemps. Cette question a amené l'AIEA à former le Comité de la Sécurité des Approvisionnements (Committee on Assurances of Supply, CAS). Dans le domaine du contrôle, le problème actuel n'est plus celui de l'existence d'un tel mécanisme, mais celui de ses qualités et limites. L'AIEA et son système de sauvegarde font l'objet de critiques pour leur inefficacité. On envisage donc en particulier d'intensifier les inspections, de pousser le développement des instruments de contrôle, et de mettre, dans certains cas, davantage d'inspecteurs internationaux sur place. On essaie également, au sein de l'AIEA, de traiter d'autres concepts qui avaient été discutés, comme par exemple celui du stockage international de combustible irradié ou du plutonium — sans que la réalisation de l'un de ses projets ne paraisse probable, ni à court ni à moyen terme (10).

Il est évident que les contrôles internationaux (11) ne peuvent empêcher la prolifération que si les États utilisateurs et importateurs acceptent les contrôles et renoncent à l'option militaire. L'Article III al. 1 du TNP oblige les États signataires à accepter de tels contrôles sur toutes leurs activités nucléaires. L'Article III al. 2 contient l'obligation complémentaire pour chaque pays signataire qui exporte de l'équipement ou de la matière nucléaire d'exiger des pays importateurs l'acceptation des contrôles de Vienne sur les matières et les équipements importés. Mais un certain nombre d'États sur le point d'acquiescer une « option militaire nucléaire » (*nuclear weapon/nuclear explosive capability*), comme l'Inde, le Pakistan ou Israël, n'ont pas signé le TNP et gardent certaines installations critiques hors des contrôles internationaux (12).

.../...
(9) Cependant, le système de contrôle de l'AIEA et celui de l'EURATOM ne sont pas exactement sur le même niveau. Le système de l'EURATOM existait avant que ne soit mis en place celui de l'AIEA ; lorsque le TNP a été signé et que s'est posée la question de contrôle par l'AIEA, un accord dit de vérification a été passé entre l'EURATOM et l'AIEA en 1973. En vertu de cet accord, le contrôle sur le territoire des États de la Communauté qui y sont soumis est exercé, en quelque sorte, par délégation de l'Agence, par les contrôleurs d'EURATOM sous réserve d'une « vérification » par l'AIEA. - Voir pour une bonne synthèse récente, P. Strohl, *La coopération internationale dans le domaine de l'énergie nucléaire - Europe et pays de l'OCDE*, S. F. D. I., (Colloque de Nancy), Paris, 1981, pp. 14 ss.

- (10) W. Graf Vitzthum, *Funktionen internationaler Organisationen : UNO, IAEO, OECD-NEA, OPANAL*, dans : K. Kaiser/F.J. Klein (éd.), *Kernenergie ohne Atomwaffen*, Bonn 1982, pp. 163 ss., pp. 175 ss., pp. 179 ss. - On ne peut pas croire que le monde va vers une coopération internationale plus active et vers une unité plus organisée d'un mouvement irrésistible ; les nations sont plus vivaces que jamais.
- (11) Quant au contrôle de sécurité de l'Agence de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour l'énergie nucléaire (AEN), créée en 1957, il a été suspendu, l'AIEA et l'EURATOM satisfaisant déjà à tous les besoins. Sur NEA voir Strohl, op. cit. (note 10), pp. 20 ss.
- (12) Une liste des États qui ont ratifié le Traité ou qui y ont adhéré ultérieurement jusqu'au 9 mars 1977 se trouve chez S. Courteix, *Exportations nucléaires et non-prolifération*, Paris 1978, pp. 248 ss.

Ce fut la raison principale pour laquelle, lors des pourparlers confidentiels du groupe des fournisseurs à Londres de 1975 à 1976, les États-Unis, surtout, se sont efforcés de convaincre les autres États exportateurs qu'avant une livraison chaque pays importateur devait soumettre *toutes* ses installations nucléaires au contrôle de l'AIEA (*de jure full-scope safeguards*) (13). Cette proposition n'a pas obtenu de consensus. Ainsi, le problème nucléaire divisait aussi les pays industrialisés.

En ce qui concerne la *deuxième* stratégie de non-prolifération, la politique du *refus*, vu les résultats de Londres et les risques de détournement, l'administration Carter aurait voulu exclure l'exportation des matières et techniques dites «sensitives» ou «délicates», c'est-à-dire surtout la technologie d'enrichissement de l'uranium et de retraitement du plutonium. Malgré les efforts des diplomates américains à Londres, on n'a pas pu se rallier à une prohibition de transferts de ces technologies, mais —au moins— à exercer une restriction dans ce domaine. Et il est aussi vrai que la France et la RFA ont toutes les deux déclaré, en 1977, qu'elles n'avaient pas l'intention, pour le moment, de prendre de nouveaux engagements en ce qui concerne le transfert de la technologie de retraitement (14). Ceci constitue une révision des politiques d'exportation nucléaire de ces deux pays, après une phase de conflits nucléaires ouverts entre eux et les États-Unis.

Les Américains tentèrent de convaincre les autres pays des risques de la prolifération en lançant, à partir de 1977, une vaste conférence technique sur «l'évaluation internationale du cycle nucléaire complet», sous le double aspect de l'approvisionnement énergétique et de la non-prolifération, l'INFCE (International Nuclear Fuel Cycle Evaluation), qui dura jusqu'en 1980 (15). Ce gigantesque *happening* technico-diplomatique a fourni l'occasion d'une analyse approfondie des données techniques et des dates de base de l'utilisation de l'énergie nucléaire et celle d'une évaluation commune des problèmes de prolifération qui se posent dans les différentes parties du cycle de combustible. Il en résulta qu'il n'y avait pas de solution technique magique, ni de cycle particulier sûr ou dangereux. Les pays participants tombèrent d'accord sur le

(13) Goldschmidt, *op. cit.* (note 2), pp. 420 ss. ; J. Klein, «Peut-on limiter la prolifération des armes nucléaires ?», dans : *Revue de défense nationale*, n. X (1976), pp. 65 ss. ; les accords de Londres sont reproduits chez Courteix, *op. cit.* (note 12), pp. 189 ss.

(14) Ni la déclaration allemande, ni la déclaration française ne mentionnaient les procédés d'enrichissement de l'uranium.

(15) N.-J. Prill, *Völkerrechtliche Aspekte der internationalen Verbreitung ziviler Kernenergienutzung*, Berlin 1980, pp. 198 ss. - L'INFCE - au cours duquel les débats revêtirent une courtoisie et un ton pour ainsi dire universitaire - a, sur certains points importants, ébranlé la solidité des thèses américaines et par exemple a été très modéré sur les risques de prolifération liés au retraitement.

fait que la prolifération était surtout une question politique et remirent ainsi l'affaire entre les mains des politiciens, des diplomates et des juristes. Les négociations se poursuivent aujourd'hui surtout à l'intérieur du CAS de l'AIEA (16).

En raison des autres pays exportateurs, les États-Unis, à la recherche *du temps perdu*, et par action unilatérale, ont pris les devants en adoptant la «Loi de non-prolifération des armes nucléaires» du 10 mars 1978 (17), permettant ainsi d'interrompre toute exportation américaine de matériel et de technique «sensitive» et exigeant l'acceptation des contrôles de Vienne sur tout le cycle des combustibles du pays importateur au moins au moment de la livraison (*de facto full-scope safeguards*). Cette loi constitue aujourd'hui la législation nationale la plus restrictive en matière d'exportations nucléaires, et elle a été vivement critiquée, en particulier par les PVD. Le 16 juillet 1981, le président Reagan annonçait donc de nouvelles directives ayant pour but de restaurer la crédibilité des États-Unis en tant que fournisseur fiable et crédible dans le domaine nucléaire. Tout en gardant le NNPA, la nouvelle politique de non-prolifération des États-Unis met l'accent plutôt sur les aspects politiques que techniques de la non-prolifération.

Comme nous l'avons déjà dit, la lutte contre la prolifération nucléaire est double : d'une part contre la prolifération horizontale et d'autre part contre la *prolifération verticale*, c'est-à-dire contre l'augmentation des armes nucléaires par les États déjà en possession de celles-ci (18). Les États-Unis, l'URSS, le Royaume-Uni, et le Comité du désarmement de l'ONU s'efforcent depuis 1978 de réaliser un traité interdisant tous les essais d'armes nucléaires et un protocole relatif aux explosions nucléaires à des fins pacifiques, partie intégrante du traité. Pour ce qui est de la non-prolifération verticale, l'Article VI du TNP prévoit déjà l'obligation importante de négocier de bonne foi. Cette obligation était d'ailleurs un des deux piliers du TNP et la contrepartie de l'obligation des pays non-dotés de l'arme nucléaire de s'abstenir de l'option militaire.

(16) W. Graf Vitzthum, *The World Nuclear Order and the Equality of States*, dans : *Law and State* 25 (1982), pp. 23 ss. - Naturellement les difficultés les plus graves se rencontrent dans les PVD non producteurs de pétrole, et les risques pour la stabilité sociale et politique de ces pays sont graves.

(17) Pub.L. 95-242, reproduit dans ILM 17, 1978, p. 397 ; pour une traduction française du projet de loi voir Courteix, *op. cit.* (note 12), p. 239. Voir aussi Kaiser, *op. cit.* (note 2), pp. 162 ss, p. 163 : «La pièce maîtresse de cette nouvelle politique, c'est que Washington doit donner son accord préalable à tout retraitement et stockage, et que le gouvernement doit être en mesure de disposer d'un délai d'avertissement suffisant pour pouvoir prendre ensuite, en cas de violation, des sanctions diplomatiques».

(18) Tout accroissement du nombre global d'armes nucléaires entraîne un accroissement des possibilités de mise en œuvre de ces armes. La sécurité internationale, cependant, est une condition *sine qua non* du développement. Le lien entre désarmement et développement est évident.

Le peu de succès qu'a connu jusqu'à maintenant la politique de non-prolifération verticale fut sévèrement critiqué par beaucoup de pays signataires du TNP, et a également servi d'arguments à certains pays non-nucléaires pour s'opposer au système de non-prolifération horizontale. Les puissances nucléaires ne semblent pas se rendre compte, de leur côté, qu'il existe une contradiction entre une politique internationale de non-prolifération horizontale et la continuation de leur politique de prolifération verticale. Le reste du monde est d'un autre avis. L'inquiétude nucléaire a pris une telle place dans les préoccupations du public occidental que les deux super-puissances ont entamé des négociations sur la réduction des armements stratégiques (START) le 29 juin 1982.

— IV —

Dans les moyens juridiques et les cadres institutionnels qui déterminent la politique nucléaire traditionnelle, c'est-à-dire le TNP et l'AIEA (19) il se trouve bien des indications qui permettent *une nouvelle orientation de la politique internationale nucléaire*. Cette ré-orientation place le système international de non-prolifération dans le contexte du *dialogue Nord-Sud*.

Le langage du TNP est déjà très clair. D'après l'Article IV, les États technologiquement avancés, signataires du traité, devront :

«coopérer en contribuant (...) au développement plus poussé des applications de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques, en particulier sur les territoires des États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au traité, compte dûment tenu des besoins des régions du monde qui sont en voie de développement».

Cette obligation est l'expression de la philosophie du «*do-ut-des*» qui caractérise le TNP : les États non-nucléaires renoncent à accéder à la bombe atomique ; en revanche, ils peuvent acquérir toute la technologie nucléaire civile, et les puissances militairement nucléaires les aideront à acquérir cette technologie.

Dans le contexte du TNP, l'Article IV, bien que difficile à interpréter, a quand même gardé une grande importance politique. Il est l'expression du droit des pays signataires non-dotés de l'arme nucléaire à participer à tous

(19) En somme, la politique nucléaire classique présente deux aspects : d'une part la coopération internationale pour résoudre les problèmes techniques et d'approvisionnement et d'autre part un conflit où ne s'opposent pas seulement les États dotés ou non dotés de l'arme nucléaire, mais aussi des pays qui ont déjà parcouru un développement nucléaire civil très long, et ceux qui démarrent sur cette voie (c'est le cas de l'Irak ou du Brésil, par exemple).

les secteurs de l'utilisation pacifique nucléaire et en même temps il rappelle aux pays dotés de l'arme nucléaire leur obligation de contribuer aux échanges nécessaires de matériel et de connaissances. L'Article IV du TNP est donc la contrepartie aux Article I et II de ce même Traité.

En outre, l'*IAEA*, conformément à l'Article III A de son Statut, apporte son aide aux PVD pour la planification de nouvelles centrales nucléaires, pour l'utilisation de radio-isotopes dans l'agriculture, la médecine, l'hydrologie, pour l'exploration de gisements de matières premières et dans beaucoup de branches de l'industrie. L'Agence est devenue un centre important pour l'assistance technique nucléaire aux PVD.

Ces quelques exemples d'une *politique de développement nucléaire* ne suffisent pas à expliquer le nouvel essor qu'elle a pris ces dernières années. A la Conférence générale de l'AIEA en 1981, le Tiers-Monde a revendiqué avec plus de force un «transfert des technologies nucléaires».

A cet égard, un des problèmes les plus épineux au sein de l'AIEA est celui du budget. Depuis 1976, l'AIEA a plus que doublé le nombre de ses inspecteurs, surtout parce que son contrôle s'étend maintenant au Japon et aux États-membres de l'EURATOM. Rendre le contrôle plus efficace coûte cher. Du point de vue des PVD l'augmentation des dépenses pour les contrôles diminue l'aide au développement. De là la réticence des PVD devant toute nouvelle activité visant à assurer la non-prolifération, et leur désir de voir le budget actuel augmenter surtout dans le domaine de l'assistance technique. Le Tiers-Monde veut aussi obtenir que les ressources financières destinées à l'aide au développement, qui jusqu'à ce jour ne sont accordées que facultativement, fassent partie du budget normal, pour établir ainsi une obligation juridique (20).

Il faut voir ce débat dans le contexte du conflit Nord-Sud. Car, en fait, grâce à un mode de financement spécial des garanties, ces contrôles sont presque entièrement supportés par les pays industrialisés, et l'AIEA consacre toujours la plus grande partie de son budget —si on ajoute aussi les ressources extra-budgétaires— à l'aide technique. Comme tous les autres membres de la famille de l'ONU, l'Agence est aux yeux des PVD avant tout une organisation pour le développement. L'assistance technique constitue —selon cette optique— l'élément fondamental des activités opérationnelles de l'AIEA.

Du côté institutionnel, les PVD voient d'un œil critique la composition du Conseil des gouverneurs, composition qui —de leur point de vue— ne leur donne pas une représentation équitable (21). L'exemple le plus récent fut la nomination du directeur général actuel, le Suédois M. Blix, en 1981. L'élection de M. Blix, qui succède à un autre Suédois, M. Eklund, ne fut possible

(20) Vitzthum, *Funktionen ...*, op. cit. (note 10), p. 180 ; voir également : UN Monthly Chronicle, January 1979, pp. 77 ss.

(21) Pourtant, les PVD ont déjà au Conseil une légère majorité simple.

qu'après de vives et souvent pénibles discussions. Aussi les États membres ont-ils accepté qu'à l'occasion de la prochaine élection, dans quatre ans, une considération spéciale serait portée aux candidats des PVD.

Cette nouvelle orientation de la politique internationale nucléaire se retrouve dans la relance d'une politique nucléaire au sein de l'ONU. Il est vrai que le cadre de l'Assemblée générale permet d'intégrer tous les États, y inclus ceux qui restent au dehors du TNP. Mais une autre raison pour ce choix du forum aura été le fait que les PVD sont encore plus forts en nombre à l'ONU qu'au sein de l'AIEA.

En mai/juin 1978, la Xe session extraordinaire de l'Assemblée générale de l'ONU consacrée au désarmement parle des relations entre le désarmement et le développement, thèse rejetée par les pays industrialisés (22). Pour eux, ce sont deux choses sans rapport. Les activités de développement nucléaire de l'ONU sont menées principalement par le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), qui a recours à l'AIEA pour la réalisation pratique des projets. La Conférence de l'ONU pour la Promotion de la Coopération Internationale dans l'Utilisation Pacifique de l'Énergie Nucléaire (*U. N. Conference for the Promotion of International Co-operation in the Peaceful Uses of Nuclear Energy*), qui est prévue pour l'année prochaine, pourrait radicaliser le débat sur une nouvelle orientation de la politique nucléaire mondiale, si on ne peut pas arriver à un certain consensus international (23).

— V —

Jusqu'ici, nous avons évité de faire allusion à une expression-clé qui a caractérisé la nouvelle orientation de la politique nucléaire : c'est l'ambitieux dessein d'un *nouvel ordre économique international* (NOEI), c'est-à-dire l'instauration d'un nouvel ordre international tenant compte d'un redressement des rapports économiques Nord-Sud. Il faut considérer cet aspect central de la politique nucléaire mondiale dans son contexte intégral.

(22) Voir l'ONU, A/36/597 (19 novembre 1981) ; A/36/356 (5 octobre 1981).

(23) Les autres cadres institutionnels mentionnés précédemment reflètent également cette nouvelle orientation. L'Agence pour l'énergie nucléaire de l'OCDE (AEN), pour réduite qu'elle soit à l'heure actuelle, coopère depuis longtemps avec l'AIEA dans quelques domaines technologiques qui ont de l'importance, ainsi dans le domaine de l'aide au développement nucléaire. Même l'OPANAL, l'organe créé par le Traité de Tlatelolco, essaye maintenant d'instituer une politique d'assistance technique nucléaire latino-américaine, en se basant sur quelques passages évasifs du préambule du Traité.

On sait que le concept d'un NOEI a été défini (24) dans les Résolutions 3201 et 3202 de la VIe session extraordinaire de l'Assemblée générale de l'ONU, et dans la Résolution 3281 de la XXIXe session ordinaire, la fameuse «Charte des droits et devoirs économiques des États», tout cela en 1974 (25).

Jusqu'à maintenant peu de résultats concrets ont été obtenus en réponse à ces revendications. Les «77» (les quelques cent vingt PVD) se sont donc rendus compte que les réticences des pays industrialisés devant un tel globalisme étaient trop grandes. Les fameuses «négociations globales» au sein de l'ONU, demandées par les «77» depuis l'été 1979, n'ont jusqu'ici même pas abouti à l'établissement d'un ordre du jour. Le dialogue Nord-Sud après Cancun est devenu un débat académique, un élément marginal de la vie internationale. Le débat portant sur trop d'aspects globaux à la fois a dispersé les forces des PVD et les a empêchés de se concentrer sur quelques points clefs susceptibles de faire l'objet de négociations concrètes entre le Nord et le Sud. En se banalisant, les visions globales s'évanouissent. Le pavillon était beau, mais la marchandise était incertaine.

C'est là que commence une nouvelle stratégie du Tiers-Monde. Il renonce à l'approche globale au profit d'une *approche sectorielle*, d'une orientation ponctuelle, partielle et plus technique. C'est la poursuite du même but avec d'autres moyens. Ce qui était impossible à atteindre en globalité et en totalité, les PVD l'abordent secteur par secteur, «nouvel ordre» par «nouvel ordre», et région par région. Une fois le premier résultat obtenu dans un secteur quelconque, le Sud entend s'en servir comme précédent dans les autres secteurs ou «nouveaux ordres». La procédure acquiert une valeur propre (26).

-
- (24) Voir pour le contexte : Le droit au développement au plan international - The Right to Development at the International Level, Colloque de l'Académie de Droit International, La Haye, 16-18 octobre 1979, Alphen ann den Rijn 1980.
- (25) Le plan pour l'instauration d'un NOEI est bien plus un programme de conquête économique qu'un plan de développement et de coopération. Les perspectives n'ont pas toujours été clairement perçues, c'est vrai, et leur analyse échappe largement au juriste, mais les objectifs sont, en simplifiant beaucoup, surtout l'industrialisation massive des PVD, la conquête des parts de marchés, la nationalisation des matières premières qui constituent l'essentiel de leurs ressources, le partage du pouvoir au sein des institutions financières et commerciales et la coopération entre les PVD eux mêmes.
- (26) L'une des raisons pour lesquelles les PVD ont soutenu l'idée des «négociations globales», et l'une des caractéristiques qu'auraient eu celles-ci, c'est que les négociations sectorielles n'auraient pas eu lieu de façon séparée dans chacun des organismes constituant les *specialized fora* compétents, mais se seraient déroulées sous l'impulsion, la coordination et éventuellement le pouvoir de réformation des Nations Unies proprement dit. Il y a un problème de pouvoir, et notamment le désir de privilégier l'assemblée générale de l'ONU, où les 77 ont évidemment la majorité, par rapport aux organisations spécialisées, et notamment au FMI et à la Banque mondiale, où le pouvoir est détenu essentiellement par les pays développés. C'est justement sur le point de la procédure des négociations et des relations respectives entre l'ONU et les institutions spécialisées que le lancement des négociations globales, malgré Cancun, a échoué, en tout cas jusqu'à maintenant.

Faisons un bref survol des secteurs les plus importants et des différentes négociations menées sous le signe NOEI depuis les années 70. Au centre, évidemment on trouve les relations économiques et commerciales : la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) et l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) (27). Les «systèmes de préférences généralisées» mis en place depuis 1971 et dotés d'une base juridique solide («clause d'habitation») depuis le *Tokyo Round* ont favorisé les exportations du Tiers-Monde. La Conférence de l'ONU sur les pratiques commerciales restrictives a adopté, en avril 1980, le texte d'un ensemble de principes et règles équitables au niveau multilatéral ; les PVD bénéficient d'un traitement préférentiel, ou différentiel. La Convention sur le transport multimodal, adopté en mai 1980 par la CNUCED, apporte des garanties économiques et commerciales aux PVD. Les Conférences de Nairobi et de Paris, en 1981, ont montré également qu'un consensus pouvait se dégager autour d'objectifs précis, comme le développement des énergies renouvelables et l'aide prioritaire aux pays les moins avancés (PMA). Le CNUCED essaie toujours de faire ratifier par les États industrialisés le «programme intégré de produits de base». Pièce maîtresse de ce «programme», le «Fonds commun» a été enfin créé en mars 1979, mais les accords de produits nécessaires à son fonctionnement font encore défaut (28).

Un deuxième secteur est le droit de la mer, avec les aspects primordiaux d'un futur statut international des fonds marins — «patrimoine commun de l'humanité» — et de leur exploitation, du droit de la pêche et de transports maritimes (29). Le régime international d'exploitation du fond des mers au-

-
- (27) Non moins importants sont les systèmes monétaires et financiers internationaux, y compris la tentative de réforme des institutions internationales existant dans ce domaine. Voir F. Mansour, *Restructuring the World Bank ?* dans : K. Haq (éd.), *Dialogue for a New Order*, New York 1980, pp. 106 ss. ; P. Fischer, *Das Internationale Wirtschaftsrecht*, GUIL (19), 1976, pp. 143 ss, pp. 160 ss. ; J. Nusbaumer, *L'enjeu du dialogue Nord-Sud*, Paris 1981.
- (28) La stabilité des prix des produits de base, objectif primordial des PVD, n'est pas d'un accès aisé. Tous les produits ne se prêtent pas aux techniques des accords internationaux comportant stockage et interventions sur les marchés. Les accords de stabilisation existant à l'heure actuelle sont en nombre réduits sur 33 produits principaux. Le «Fonds commun» tarde à se mettre en place, d'ailleurs ses moyens d'action apparaissent limités.
- (29) W. Graf Vitzthum, *A New International Economic Order and a New Global Maritime Regime*, *Law and State* 19 (1979), pp. 7 ss. ; H.-J. Stöcker, *Die «Freiheit der Meere» und die Dritte Seerechtskonferenz der Vereinten Nationen*, dans : H.-P. Ipsen/K.-J. Necker (éd.), *Recht über See (Mélanges R. Stödter)*, Hambourg 1979, pp. 315 ss. - Les perspectives d'exploration des fonds marins ne devraient probablement pas avoir d'effet négatif sur les cours d'un certain nombre de minéraux rares (manganèse,

.../...

delà des limites de la juridiction nationale — un régime conçu par la troisième conférence de l'ONU sur le droit de la mer — a donné à plusieurs pays industrialisés l'occasion d'une critique de ce type de développement davantage conçu en fonction de la « guerre des ressources » que des besoins de l'économie internationale. Pour le moment, l'autorité internationale et l'entreprise internationale (l'Entreprise) envisagées ne peuvent pas marquer une étape essentielle dans le dialogue Nord-Sud (30). L'élaboration des codes de conduite sur les Sociétés transnationales et sur le transfert de techniques (31) — codes non encore achevés — s'ajoutent à tous les autres « rendez-vous manqués » que le dialogue Nord-Sud a connu.

L'UNESCO a proposé un « nouvel ordre de l'information » (32) pour contrôler le flux d'informations internationales (33). On négocie aussi les conséquences possibles de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (34). Dans un autre domaine, le directeur général de l'OAA a demandé,

.../...

cobalt, cuivre, nickel). En ce qui concerne la situation des transports maritimes, les questions d'une plus grande participation des PVD au trafic des pavillons de complaisance et de l'état de la construction navale se posent.

- (30) Le résultat premier de cette conférence (1973-1982) - une balkanisation des océans - ne peut que favoriser les pays côtiers de grande envergure aux dépens des pays de l'intérieur qui sont déjà les plus pauvres du monde. Le patrimoine maritime de l'humanité est dépecé.
- (31) Voir Fischer, *op. cit.* (note 27), pp. 174 ss. ; OECD, *North/South Technology Transfer and Adjustments Ahead*, Paris 1981, pp. 88 ss. ; W. Fikentscher, *The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology*, Munich 1980.
- (32) B. Simma, *Grenzüberschreitender Informationsfluss und domaine réservé der Staaten*, Karlsruhe 1979, pp. 39 ss., pp. 71 ss. ; Institut für internationale Begegnungen/Friedrich-Ebert-Stiftung (éd.), *Towards a New World Information Order*, Bonn 1979 ; S. F. D. I. (Colloque de Strasbourg), *La Circulation des informations et le droit international*, Paris 1978.
- (33) Le directeur de l'UNESCO demandait un effort pour un nouvel ordre international « plus juste et plus solidaire ». A ce titre il soutenait la création du NOEI par rapport auquel a, en quelque sorte, été conçu le plan à moyen terme 1984-1989 de l'UNESCO. La Conférence ministérielle des non-alignés (1976) a déclaré qu'« un nouvel ordre international dans le domaine de l'information ... est aussi important qu'un nouvel ordre économique international ».
- (34) I. Brownlie, *Legal Status of Natural Resources in International Law*, RdC 162 (1979 I), pp. 253 ss., pp. 289 ss. - La crise pétrolière de 1973-1974 a vu naître une ère de nationalisme dans le domaine des matières premières.

en août 1980, un «Nouvel Ordre Alimentaire Mondial» (35), et le président d'une conférence de l'OIT a parlé d'un «nouvel ordre social». Des idées similaires ont été exprimées dans des discussions internationales au sein de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) (36) et ailleurs a propos de l'environnement et du statut juridique des espaces non-nationaux et de leurs ressources. Le Traité sur la Lune de 1979 en est un exemple, notamment en ce qui concerne le concept de «patrimoine commun de l'humanité» (37). L'UNESCO, en 1976, a défini la science, la technique et la culture comme «un patrimoine commun de l'humanité à gérer et à enrichir au profit de tous».

Toutes ces initiatives obéissent à un même principe. Le principe a un aspect procédural, matériel et institutionnel.

La procédure favorite du Tiers-Monde est celle d'un ensemble de délibérations successives, utilisant la technique des grandes réunions plénières (par exemple, CNUCED I - V, les Conférences générales de l'ONUDI). Ces «négociations» Nord-Sud sont placées sous les auspices de l'ONU. Elles réunissent ainsi la quasi-totalité des États et des organisations internationales compétentes en la matière. La procédure de consensus confère une unanimité, apparente au moins, aux décisions et règles, qui sont énoncées de manière souvent vague et générale. C'est le domaine privilégié de ce que les juristes anglo-saxons appellent le *soft law* (droit «mou» ou droit «faible») (38).

Pour ce qui est du côté matériel, la tendance prépondérante au Groupe des «77» est de remplacer le système économique du libéralisme et de la concurrence de l'après-guerre par un régime international de règles compen-

(35) Voir J. Bourrinet/M. Flory, *L'ordre alimentaire mondial*, Paris 1982.

(36) Voir *Le Monde* du 13 mai 1982 : L'OMS se donne les moyens de déposer des brevets pharmaceutiques et de «faire valoir sa propriété industrielle» - «assurément conforme à la théorie du nouvel ordre économique international prôné par les Nations Unies. C'est dans cet esprit que les délégations du Tiers-Monde ... ont fortement soutenu le projet de l'OMS de faire breveter elle-même les découvertes dues aux recherches des laboratoires auxquels elle accorde une aide financière. «Étant propriétaire des brevets, l'OMS «serait dans une position idéale pour choisir le fabricant du produit, ce qui lui conférerait un maximum d'influence dans les questions d'approvisionnement, de prix et de transfert de technologie».

(37) W. A. Kewenig, *Common heritage of mankind - politischer Slogan oder völkerrechtlicher Schlüsselbegriff ?*, dans : *Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht* (Mélanges Schlochauer), Berlin 1981, pp. 385 ss. ; S. Wiessner/R. Jung, *Das völkerrechtliche Regime der geostationären Umlaufbahnen*, *OZORV* 32 (1982), pp. 209 ss. (224 ss.).

(38) Voir les résolutions dans la formation du droit international du développement (Études et travaux de l'Institut universitaire de hautes études internationales, N. 13), Genève 1971 ; M. Flory, *Inégalité économique et évolution du droit international*, dans : *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, S. F. D. I. (Colloque d'Aix-en-Provence), Paris 1973, pp. 12-40 ; P. Weil, *Vers une normativité relative en droit international ?*, *RGDIP* 1982, pp. 6 ss.

atrices et de dirigisme, impliquant une dose d'interventionnisme, adoptant une « inégalité compensatrice », un *double standard* en faveur des PVD. Ce n'est plus la propriété, le risque, la concurrence, la réciprocité qui doivent régner, mais la planification et la distribution internationale, l'aide publique sur le plan mondial, le transfert obligatoire de technologie et l'idée d'un traitement préférentiel sans réciprocité au profit des PVD ; en fait, cela implique une transformation profonde du système international. En termes de droit international, c'est la restriction de la souveraineté des États « possédants » au profit des États « non-possédants ». C'est un pas vers un *welfare state* au niveau international, vers un *international welfare law*. C'est l'omniprésence de la notion de développement : la lutte entre le Nord et le Sud « pour obtenir une plus juste part de la richesse internationale ».

Le modèle *institutionnel* préféré des PVD est celui de l'Assemblée générale de l'ONU et la suppression des organes restreints composés d'un petit nombre d'États. Le principe de l'ONU : « un pays, une voix », la participation universelle, la négociation de bloc à bloc (les « 77 », les pays industrialisés de l'Ouest, les pays socialistes) et la prise des décisions par consensus ou par la majorité simple sont les principales règles d'après lesquelles devraient être formés les nouveaux organes et transformés les organes déjà existants (39).

— VI —

Cette tentative d'établir un « *ordre mondial sectoriel* », ou de « nouveaux ordres internationaux », conformément aux désirs des PVD, *se retrouve dans la nouvelle orientation de la politique nucléaire mondiale*, que nous avons décrite plus haut.

C'est dans cette perspective qu'il faut juger la multiplication des cadres de négociations (rappelons seulement la Xe session spéciale de l'Assemblée générale et la conférence internationale sur l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire prévue pour 1983) (40), la tentative d'orienter à ces fins les organes déjà existants, et les efforts pour un nouvel aménagement des fonctions

(39) Les négociations longues, difficiles et techniques au sein du Fonds monétaire international (FMI), par exemple, sont souvent entravées par des considérations d'ordre politique (par exemple la question de savoir si l'OLP siègera comme observateur aux réunions annuelles du FMI). Voir B. J. Cohen, *Du système monétaire international*, Politique étrangère N. 47 (1982), pp. 153 ss (p. 163 s.).

(40) La pratique de ces dernières années nous a montré que le Groupe des « 77 » a essayé d'imposer aux pays industrialisés toute une cascade de négociations sur une nouvelle orientation de la politique nucléaire mondiale, et a essayé de choisir le cadre institutionnel qui lui paraissait le plus favorable.

et des finances de l'AIEA. C'est dans ce contexte, dominé par la notion d'égalité souveraine des États, qu'il faut placer la nouvelle relance d'une politique d'ouverture aux échanges nucléaires en faveur des PVD, et de préférence en faveur de ceux qui n'ont pas les moyens de s'approvisionner sur le marché libre. Vue sous cet angle, la nouvelle orientation de la politique nucléaire est un aspect particulier du vaste phénomène qu'est le «transfert de technologie». Nous arrivons alors à la constatation que la stratégie des PVD est de *faire du nouvel ordre nucléaire un secteur d'un nouvel ordre international*. La résistance des pays industrialisés contre un tel «nouvel ordre nucléaire mondial» (41), nous paraît-elle légitime ?

En premier lieu, n'oublions pas le danger de détournement de matières et technologies nucléaires à des fins militaires. Le problème de la non-prolifération reste très grave. Malgré le nouveau langage des PVD, la politique nucléaire doit rester consciente de la relation délicate entre distribution et prolifération. La stratégie des PVD ne reflète pas assez clairement la dimension de prolifération. Il reste certainement souhaitable d'améliorer le contrôle international de l'utilisation pacifique du nucléaire. Le cas irakien, qui partiellement sur la base d'une argumentation technique —justifiée ou pas justifiée— pose le problème de la crédibilité des contrôles internationaux, s'inscrit dans ce contexte.

La technologie peut mener à la prolifération, il est vrai, mais des motivations politiques jouent finalement un rôle prépondérant. Parce que les obstacles techniques ou financiers peuvent être surmontés, il faut renforcer les bases politiques et institutionnelles. Donc une simple politique du refus n'est pas propre à maintenir un régime de non-prolifération. L'expérience a déjà montré que plusieurs pays au seuil du nucléaire sont insensibles aux pressions diplomatiques et aux sanctions économiques. Au lieu de réduire le risque de la prolifération nucléaire, une «philosophie du déni» pousse les pays désireux d'acquérir une technologie nucléaire à s'éloigner du TNP et à s'échapper à tout contrôle international (42).

(41) L'attitude du gouvernement Reagan à l'égard de la politique Nord-Sud en général et d'une nouvelle orientation de la politique nucléaire en particulier illustre au mieux les réserves des pays industrialisés. Dans sa déclaration de juillet 1981, le Président américain s'est exclusivement référé à l'AIEA, l'AEN et l'OPANAL, et uniquement en ce qui concerne les garanties internationales contre la prolifération horizontale. L'échec qu'a connu la revendication des PVD dans l'AIEA pour une aide plus soutenue et juridiquement assurée va dans le même sens. Les réticences des pays industrialisés empêcheront, au moins à court terme, l'introduction d'un dirigisme international ambitieux.

(42) Voir Kaiser, op. cit. (note 2), p. 154 : «Une politique de refus trop poussée comportait le risque d'un effondrement de tout le système contractuel de la non-prolifération». L'esprit de l'homme est sûrement capable de mieux que d'une politique de refus.

Éviter la prolifération ne peut se faire que dans un climat de confiance mutuelle. La décision d'acquérir «la bombe» répond à des impératifs politiques. Le refus de la «bombe» nationale est toujours une décision politique. Quiconque voudra inciter les pays sans armes nucléaires à prendre une telle décision «pacifiste», devra aider à établir une confiance internationale, basée sur une attitude coopérative, sur une entraide mutuelle et sur des garanties internationales en vue de diminuer le sentiment d'insécurité des PVD. Ce n'est que par la coopération avec les pays les plus importants du Tiers-Monde, et notamment avec les pays du seuil nucléaire, que le système de la non-prolifération peut être amélioré. C'est à la fois un risque et une chance (43).

Un ordre nucléaire international, pour être acceptable, doit éviter de paraître bloquer ou monopoliser cette source d'énergie. Pour utiliser une formule sage de l'INFCE : la non-prolifération des armes nucléaires et la sécurité de l'approvisionnement des centrales nucléaires sont complémentaires. Elles ne sont que les deux côtés de la même médaille. Nous sommes entrés dans une phase de grande instabilité à la fois politique et économique et de désintégration et transformation du système nucléaire international. Il y a là un véritable défi à l'action collective des gouvernements, de l'ONU et de l'AIEA.

(43) Il s'ensuit que la poursuite du dialogue international sur l'énergie nucléaire doit être considérée presque comme une fin en soi. Le dialogue au sein de l'Agence de Vienne, et notamment du CAS, permet d'améliorer la compréhension mutuelle, favorise l'échange d'informations et fait progresser la prise de conscience de l'interdépendance croissante des *haves* et *have-nots* nucléaires. Ce dialogue nucléaire Nord-Sud est le moyen principal d'assurer la continuité de l'esprit de coopération des participants et d'instaurer un minimum de concertation internationale dans ce domaine vital. C'est aussi, finalement, le seul moyen pour renforcer par des moyens politiques un système international de non-prolifération basé sur un consensus le plus large possible.



R. R. J. 1983
Pages 83 à 88

TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN

L'ÉVOLUTION DE LA FONCTION PUBLIQUE LOCALE

Par M. le Professeur D. LINOTTE

La volonté d'améliorer la situation personnelle des agents publics locaux et la nécessité de doter les collectivités décentralisées des moyens humains propres à l'exercice des compétences nouvelles que les réformes actuelles vont leur conférer sont les deux axes que doivent suivre aujourd'hui toute tentative de refonte du statut des personnels locaux. Il faut savoir, à la fois, constituer *une vraie fonction publique locale, sans pour autant reproduire les rigidités du statut de la fonction publique d'État* ; car il est vital, en ce domaine tout à la fois de tenir compte du particularisme des collectivités locales et de leur nécessaire indépendance à l'égard de l'État laquelle passe obligatoirement par une distinction de leurs corps d'agents respectifs.

a) Constituer une vraie fonction publique locale...

La première tâche, et à laquelle le Gouvernement a déjà commencé de s'atteler, est celle de *la résorption de l'auxiliariat*. Pour l'exécution des engagements présidentiels, depuis 1981, un rapport général sur la fonction publique (confié à M. Francis Hamon) a prévu des mesures d'intégration des auxiliaires et des vacataires dans des emplois de titulaires. Mais la tâche est difficile à réaliser car il faut éviter au moins deux écueils symétriques et opposés. Déjà en 1974, le plan Peronnet s'était efforcé d'intégrer les auxiliaires, surtout au sein de la fonction publique d'État, mais parallèlement, le recrutement des vacataires s'était poursuivi et même amplifié. Dans une hypothèse de ce type la titularisation entreprise risque bien d'emprunter la forme d'un tonneau des Danaïdes. A l'inverse, l'exemple actuel des Universités est parlant, l'intégration et la stabilisation des assistants non titulaires va s'accompagner de la mise en extinction du corps. Dès lors, la titularisation joue contre le recrutement, le renouvellement des corps et les préoccupations de création d'emplois.

Pour éviter ces écueils nul doute que la résorption de l'auxiliariat dans la fonction publique locale ne doive s'accomplir selon *un plan étalé dans la durée*. Une bonne formule pourrait consister à l'occasion de recrutements sur emplois créés ou transformés, à réserver, par exemple, une fraction importante des postes aux auxiliaires en fonction et au moyen d'un concours sur titres ou dossiers, parallèle aux concours sur épreuves. Mais il va de soi que ce procédé, pour réaliser des intégrations en chiffres significatifs, doit être accompagné d'un nombre substantiel, et plus encore régulier, de créations et de transformations d'emplois.

Néanmoins, le retard accumulé en ce domaine est tel que, sauf à réaliser des intégrations massives et brutales, périlleuses pour les finances publiques entre autres, on ne peut espérer une solution rapide de ces problèmes par ce seul moyen. Il faudra donc veiller, mais l'autonomie des collectivités locales à ici son revers, à limiter strictement le recours à l'auxiliariat, à le cantonner à sa seule utilité primitive, d'ailleurs incontestable.

Dans un ordre d'idée voisin on peut songer aussi à *améliorer encore les garanties disciplinaires et d'emploi* dont jouissent les agents locaux. Il faut savoir, en effet, que dans certaines hypothèses où l'emploi même de l'agent est en cause le droit en vigueur et les procédures disciplinaires existantes ne permettent pas d'affirmer avec certitude que l'éventuel arbitraire des élus locaux, à l'égard de l'agent concerné est absolument écarté. Il en va ainsi, d'abord en matière de suppression d'emploi conduisant à un licenciement. Il suffit, pour la commune, d'une simple délibération du Conseil Municipal mise en œuvre par un arrêté du Maire. Le juge administratif contrôle certes la régularité de la procédure mais celle-ci n'offre pas nécessairement beaucoup de garanties à l'employé communal (Conseil d'État 11 juin 1982. Commune de Saint-Philippe, Dr. Adm. 1982 n. 287). On indiquera également qu'en l'état du droit antérieur à l'application de la décentralisation la révocation d'un garde-champêtre lorsqu'elle s'opère sous la responsabilité du Préfet n'est pas précédée des garanties de la procédure disciplinaire (avis du Conseil de Discipline) prévues lorsque c'est le Maire qui statue (C. E. 9 juillet 1982, *Paul Davide*, Dr Adm. 1982 n. 286). Avec la loi de décentralisation de telles imperfections doivent normalement disparaître.

Pour améliorer encore le statut de la fonction publique locale et en faire l'instrument adapté à l'exercice de leurs nouvelles compétences par les collectivités décentralisées un certain nombre de mesures d'envergure sont actuellement en préparation dans le cadre de l'élaboration du «*code de la Fonction publique*» voué à se substituer au présent statut général. Touchant la fonction publique locale, l'économie de ces mesures est à peu près la suivante : Le code nouveau contiendrait un titre premier consacré à des principes communs à la Fonction Publique d'État et à la Fonction Publique Territoriale ; le titre deuxième serait consacré à la Fonction Publique d'État et le titre troisième à la Fonction Publique Territoriale. S'agissant de *l'articulation des niveaux*, Région, Département, Commune, la nouvelle fonction publique territoriale aurait vocation à englober ces trois types de collectivité et le statut du personnel ventilé dans les différentes collectivités serait unifié. Cette mesure aurait notamment pour avantage d'élargir l'espace sur lequel serait organisée la carrière des agents et peut-être de lever les obstacles à leur promotion et à leur mobilité. Par ailleurs, des *passerelles* seraient organisées entre la Fonction publique d'État et la Fonction publique territoriale. Aux transferts de compétences et de moyens financiers dont bénéficieraient les collectivités locales pourraient correspondre peut-être des transferts de fonctionnaires, des administrations centrales vers les administrations décentralisées. On a trop réclamé ces passerelles pour ne pas s'en réjouir, mais il conviendra de veiller à ce qu'elles ne fonctionnent pas exclusivement à sens unique (v. plus bas). En matière de *formation* le C. F. P. C. serait peut-être «décentralisé» et reconstitué sur une base régionale. La formation des fonctionnaires régionaux et locaux ferait appel à l'E. N. A. et aussi aux Instituts Régionaux d'Administration (I. R. A.).

Ces grandes lignes d'une réforme éventuelle comportent de nombreux aspects positifs, mais il convient aussi de signaler certains risques dont elle peut être porteuse. L'unification des fonctions publiques étatiques et territoriales ne

doit pas conduire à transposer dans les collectivités décentralisées les rigidités statutaires et corporatives que l'on connaît sur le plan national.

b) ... Sans reproduire les rigidités du statut de la fonction publique d'État

On sait que le Statut général de la Fonction Publique s'applique en principe aux agents de l'État. S'il est parfois un rempart il est aussi un carcan. Il protège, il est vrai, les fonctionnaires contre les foudres du pouvoir politique, leur assure la sécurité et la stabilité. Il permet l'égal accès aux emplois publics et autorise la promotion interne sur la base d'une sélection qui ne tient compte que des mérites et des talents, comme l'avait voulu la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. En ce sens, il est un élément capital du fonctionnement continu et satisfaisant des services publics en même temps que de la démocratie administrative. Mais on connaît aussi le revers de la médaille : cloisonnement des corps et des grades, difficultés d'adapter les services à l'évolution des besoins de redéployer les emplois compte tenu des priorités, rigidités de toutes natures. N'a-t-on pas dit que l'administration, douée de la force d'inertie des grandes masses, était devenue un « quatrième pouvoir » ?

Par ailleurs, il faut tenir compte de la spécificité des collectivités locales et des désirs des élus auxquels on veut confier de nouveaux pouvoirs. Il faut donc prendre garde de ne pas transposer sans un sérieux bénéfice d'inventaire les principes de la fonction publique d'État au niveau décentralisé.

L'*intégration* de la fonction publique locale sur les trois niveaux régionaux, départementaux et communaux risque de poser le problème des rapports entre ces trois collectivités et, peut-être, au détriment de l'autonomie communale face au Département et à la Région. De même, l'*unification* éventuelle entre la fonction publique nationale et la fonction publique territoriale peut poser quelques problèmes. Il existe un risque de voir, par les passerelles, des fonctionnaires d'État accaparer les meilleurs postes de responsabilité - Secrétaire Général et Secrétaire Général - Adjoint des grandes villes - et ce au détriment des possibilités de promotion de carrière des agents locaux. Par ce biais, l'Énarchie digne de considération à bien des égards, risque d'étendre son champ d'expansion monopolistique. Pour limiter ce danger il ne suffira pas de poser le principe d'échanges inverses. En outre, une unification des fonctions publiques territoriales et étatiques présente l'inconvénient de constituer un levier homogène beaucoup trop puissant sur lequel d'aucuns seraient tentés de peser, au risque d'une désorganisation grave et coordonnée des principaux services publics. Enfin, et surtout, une interprétation excessive de la fonction publique nationale et de la fonction publique décentralisée risque de jeter ombre et confusion sur la répartition des pouvoirs centraux et locaux qui doit être aussi claire que possible. Des phénomènes d'interpénétration malencontreuse des divers niveaux de responsabilité, par le truchement des hommes qui auront œuvré de l'un à l'autre, ne sont pas illusoire.

Enfin, dans le domaine de la formation, quitte à en améliorer le fonctionnement, il faut préserver et même développer l'existence du C. F. P. C. Le C. F. P. C. est, en effet, une institution originale, en vertu de son paritarisme

entre autres qui associe élus et syndicalistes. Les centres de formation du C. F. P. C. s'appuient principalement sur l'Université, institution indépendante mais aussi insérée, s'il en est, dans le contexte régional. A l'inverse, on voit mal, si ce n'est dans des cas limités, comment concilier avec des projets de décentralisation l'idée de former les agents locaux ... dans des écoles de fonctionnaires d'État (E. N. A., I. R. A. etc...) dans lesquelles les élus sont absents des organes gestionnaires et qui relèvent du Secrétariat d'État à la Fonction Publique.

Le futur statut du personnel des collectivités locales devra savoir conserver un équilibre entre le recrutement national et local, assurer une bonne adaptation des fonctionnaires à leurs tâches ainsi que des relations confiantes avec les élus. En ce sens, il importera aussi de sauvegarder judicieusement sa place au recrutement par voie de contrat.

Rien ne serait plus contraire à l'idée affirmée de la décentralisation que la constitution d'une fonction publique locale par trop uniformisée et intégrée à la fonction publique d'État.

(Décembre 1982)

R. R. J. 1983
Pages 89 à 176

LES PAGES DE PHILOSOPHIE DU DROIT



Conférences données au Centre
de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille

LE MYTHE DU PLURALISME CIVIL EN LEGISLATION

A la suite de la publication, sous ce titre, de la conférence donnée au Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille le 1er février 1982 (R. R. J. 1982-2, n. VII-13, p. 244 et s.), nous avons reçu, de Monsieur le Professeur Philippe Rémy, le texte suivant. Conformément à la tradition de la Revue de la Recherche Juridique et surtout à la tradition doctrinale française du dialogue et de la controverse, nous sommes particulièrement heureux de pouvoir publier ces réflexions.

OBSERVATIONS COMPLEMENTAIRES

Par Monsieur Philippe RÉMY
Professeur à la Faculté de Droit de Poitiers

J'adhère entièrement —tête et cœur— à la majeure partie des opinions exprimées dans ce «démontage» du «pluralisme législatif» ; mais j'aimerai faire part d'hypothèses complémentaires sur la même question.

1) Il est tout à fait exact que le «pluralisme» de certains n'est pas du tout la neutralité : c'est l'admission *dans la norme* (la normalité) de comportements qu'avant ou ailleurs on eût pu *exclure de la norme* (de la normalité). Plus brutalement : la «déviance» —toutes les déviances— est (sont) acceptée(s) par la loi —visiblement, ostensiblement, et même avec publicité—. «L'intellectuel de la rive gauche» est content. L'hypothèse présentée dans la conférence est qu'en réalité les pluralistes, en faisant semblant de ne pas choisir, ont choisi de laisser choisir (cf. R. R. J. 1982-2, p. 252 in fine). Exact. Mais il y a une autre hypothèse, plus vicieuse et reconfortante (à mon avis). Je l'appellerai — pour rire — *hypothèse du darwinisme législatif*. Voici : laissons les honnêtes gens vivre comme des honnêtes gens et les autres comme ils veulent. Il se trouve — à mon avis, ce n'est pas l'effet du hasard — que ces derniers sont stériles. Or chacun sait que *la stérilité n'est pas héréditaire* ; les «modèles sociaux» (les anti-modèles) de ceux qui choisissent de ne pas vivre comme des honnêtes gens sont *nécessairement* condamnés ; leur «liberté» est mortifère. Pas besoin d'essayer de les exclure, par la norme, de la normalité ; ils se liquident plus sûrement quand la loi elle-même leur permet de se suicider. C'est à peu près ce que je lis dans Carbonnier, (I, (3), p. 14, éd. 1977 précis thémis de Droit Civil) «L'arrière-pensée» du législateur serait «que l'emporteront à la longue, sur les autres (familles), en réussite sociale, celles qui se seront évertuées à être les plus dures envers elles-mêmes». Le pluralisme serait la «libreconcurrence» des modèles comportementaux. Le «laissez-faire, laissez-passer» du législateur lache les modèles «forts» dans le poulailler des modèles «faibles». Que pèseront en

«réussite sociale», les familles mono-parentales, les unions temporaires, les enfants sans père ? Quelle fonction de «reproduction sociale» (pour parler comme les autres) joueront les couples qui tuent leurs enfants à naître ? Qui gagnera le jeu social ? Les familles fondées pour l'éternité—et sur l'Éternel— ou les maisons divisées contre elles-mêmes ?

Qu'à force d'«auto-septicisme», un législateur sociologue ait été jusqu'à mettre ainsi en libre-concurrence le marché des «valeurs» des «modèles» ou des «comportements», est une hypothèse terrible mais point déraisonnable, et, somme toute, assez réconfortante pour l'honnête homme.

Mais il ne faut pas le dire trop fort ; laissons ceux qui le veulent croire que tout est permis. Faisons mieux : montons *avec de braves gens pas trop fûtés*, un gros «orchestre» qui jouera très fort l'air du scandale chaque fois que ce qui nous sert de législateur bafouillera une loi «permissive». Avec deux effets :

a) tous ceux qui le veulent sauront que la loi permet tout, et croiront (contre la maxime de Paul) que ce qui est permis leur est convenable ; *ils marcheront plus vite que jamais vers les lieux infernaux*, avec le sentiment délicieux de le faire contre les «bourgeois» ;

b) les braves gens verront bien mieux où conduisent les «anti-modèles» ; leur bon sens «s'organisera» — c'est une définition à peu près aristotélicienne de la connaissance —.

Il faut remarquer, dans ce qui précède, un vice de raisonnement : j'ai raisonné d'abord sur le cas d'un législateur *extrêmement intelligent* puis d'un législateur *imbécile*. Mais je crois que les choses sont ainsi ; la législation civile sur la famille a été fabriquée par un intelligent ; le remboursement de l'I. V. G. au nom du respect de la vie a été institué par un imbécile. Mais ma thèse est que le législateur intelligent, dans le premier cas, a mis *le masque de la bêtise* et que le législateur bête, dans le second cas, a simplement cru suivre ce qu'avait *déjà fait* le législateur intelligent.

2) Mon autre hypothèse touche, plus techniquement en apparence, les *sources du droit*. Une *loi non-normative* a l'air de déléguer son pouvoir à d'autres *sources non-juridiques*. En réalité, il me semble beaucoup plus certain qu'elle l'abandonne à d'autres *sources du droit*. Notamment à *nous, doctissimi doctores*. Les mœurs font le droit petit à petit — admettons cela ; admettons aussi qu'au fond, il ne s'agit pas de n'importe quelles «mœurs», mais des *boni mores* — celles qui, d'expérience, ont réussi. Mais il faut bien que quelqu'un *les découvre et les déclare* ; si le législateur s'y refuse, il laisse nécessairement ce soin à d'autres. Ce n'est pas un transfert inter-normatif qui se produit, ni une «déjuridicisation», c'est une *délégation* du droit, au fond une *désétatisation*. Avec une loi «ouverte» et un législateur «auto-sceptique», la doctrine se libère ; *c'est la communis opinio doctorum qui déclare le bon droit* qu'on ne trouve plus écrit dans la loi. Corollaire capital : la société civile récupère son Droit ; le législateur (les bafouilleurs du Parlement, les scribouillards analphabètes des ministères) perd son imperium ; l'État (après avoir assumé son rôle historique) est remis à *sa place naturelle et souhaitable, compte tenu des circonstances du moment*.

DROIT ET LIBERTÉ

Par J.-Cl. Ricci

Professeur à la Faculté de Droit de Dijon

Le point de départ de notre réflexion, si vous voulez, ce sera en suivant une méthode très «petit bonhomme de chemin», en ouvrant de temps en temps des perspectives, qui tout à l'heure deviendront probablement un débat, le point de départ de notre réflexion pourrait être un constat et ce constat pourrait être celui d'une antinomie entre l'idée de Droit et l'idée de Liberté.

Le Droit au fond se présente comme une réglementation, comme des prescriptions, comme un encadrement des activités aussi bien publiques que privées. En bref, dans le droit il y a souvent une idée de permis ou de défendu qui d'ailleurs rapproche à cet égard le droit de la morale. Enfin dans tout cela il n'y a pas grand chose qui ressemble à la liberté.

En effet, le deuxième concept avec lequel on va confronter tout à l'heure le droit, la liberté, laisse plutôt penser à une idée de choix, de détermination entre des éléments assez divers, une idée de spontanéité. Bref, si dans l'idée de droit il y a une certaine rigidité qui est donnée à l'individu, dans l'idée de liberté il y a donc une idée d'aisance dans le mouvement, de choix largement indépendant.

Et pourtant, outre cette antinomie, il y a un deuxième rapport entre le Droit et la Liberté, c'est que l'un, poussé à son extrême, s'exerce au détriment de l'autre. Si je pousse la liberté jusqu'à son dernier point, j'aboutis à l'anarchie, mais à l'anarchie au sens grec du terme *an archos*, c'est-à-dire l'absence de tout pouvoir, l'absence de règle. C'est la négation du droit. A l'inverse, si la réglementation devient trop complète, trop tâtillonne, disons en un mot, trop totalitaire, c'est la liberté elle-même qui se trouverait étouffée. Donc, nous avons deux concepts, qui, posés de façon simplement médiane paraissent largement antinomiques et deux concepts qui, poussés chacun jusqu'à l'absolu de leur signification, aboutissent à la négation de l'autre. Et pourtant il y a peut-être un moyen de les concilier. Déjà à la fin du 18ème siècle, très précisément en 1755, lorsqu'il publie «l'Esprit des lois», Montesquieu a cette phrase bien connue : «Qui le croirait, dit-il, au Chapitre VI du Livre XI de l'Esprit des lois, la liberté même a besoin de limite ?» Il y a donc une idée de limitation de liberté. Et de l'autre côté, un peu plus d'un siècle plus tard, du haut de la chaire de Notre-Dame, le grand Lacordaire, dans une de ses conférences de Carême, devait déclarer : «Entre le faible et le fort c'est la loi qui libère et c'est la liberté qui opprime». Curieux renversement de la perspective que nous avons commencé à dégager. Le droit c'est la règle, c'est le conditionnant, la liberté c'est au contraire le mouvement. Lacordaire n'est pas tout-à-fait d'accord : La liberté ce n'est pas toujours absolument bon. Montesquieu nous dit : «La liberté appelle la règle».

Alors, sur cette toile de fond, dont vous apercevez déjà et l'ambiguïté et l'ambivalence, on peut essayer de dire que le droit est très probablement source de liberté ou peut-être cadre de liberté. Il y aurait matière à discussion. Mais que le droit ne peut accomplir sa fonction de cadre de la liberté, ou peut-être même de pédagogie de la liberté, qu'à condition de ne pas excéder certaines limites, car alors le droit n'est plus en faveur de la liberté, il est contre la liberté.

Tout d'abord, *le droit en faveur de la liberté*. En effet, déjà, l'idée de Lacordaire, celle de Montesquieu nous le laissait deviner, le droit peut être source ou cadre, je ne prends pas parti sur ce débat qui est important par ailleurs, source ou cadre de la liberté, et ceci au moins pour deux raisons. La première parce que le droit limite le pouvoir. La seconde c'est parce que le droit pose clairement le cadre de la liberté, ou tout au moins tend à le poser clairement.

Première de nos deux remarques qui tiendrait donc à démontrer que le droit est un cadre idéal pour la liberté, le droit limite le pouvoir. Il est sûr que lorsqu'on parle de pouvoir on envisage tout espèce de pouvoir : le pouvoir religieux, le pouvoir politique, le pouvoir économique, le pouvoir syndical, le pouvoir culturel, bref, toute situation dans laquelle il s'introduit une relation de dépendance entre un individu et d'autres individus ou entre quelques individus et quelques autres. Or, de tous temps, le pouvoir a été perçu intellectuellement comme un scandale. Comme un scandale au sens biblique du terme en ce sens que l'on comprend mal comment si des êtres humains sont égaux entre eux, il peut arriver par on ne sait par quel miracle, que l'un ou quelques uns d'entre-eux émergent du lot et puissent adresser aux autres de véritables commandements. Le pouvoir a toujours fait scandale, à la fois parce qu'il contredit l'idée d'égalité souveraine des individus et à la fois parce que qui dit «pouvoir», dit «ordre», c'est-à-dire quelque chose qui, spontanément, n'aurait par eu lieu. C'est-à-dire quelque chose qui n'est pas libre. Donc, dès le départ, les auteurs qui se sont penchés sur la question ont bien vu dans le pouvoir, à la fois cette anomalie qu'il pouvait être et d'autre part sa lutte contre la liberté. Or, précisément, le droit, et cela n'est pas douteux, limite très fortement le pouvoir, au point qu'un des plus illustres politologues de l'entre-deux guerres, le Doyen Boris Mirkine-Guetzévitch avait défini le droit constitutionnel comme une «technique de la liberté». C'est-à-dire la discipline qui a pour objet l'encadrement du pouvoir considéré comme le plus puissant le pouvoir politique, cette discipline donc qui a pour objet de traduire en termes juridiques les conditions d'exercice, de passation, etc ... du pouvoir, est une technique de la liberté. C'est-à-dire que le Doyen Mirkine-Guetzévitch voyait dans le caractère juridique du Droit Constitutionnel un moyen de liberté pour les individus.

Je dirai que le droit limite le pouvoir de deux façons, et donc assure la liberté a contrario. Tout d'abord parce qu'en premier lieu il détermine les conditions dans lesquelles s'exerce le pouvoir. C'est lui qui va fixer les conditions d'investiture, la durée du pouvoir, encore une fois pas seulement politique, mais religieux, syndical, celui qui va déterminer les conditions de validité de ces comportements. Et nous le voyons bien aujourd'hui où à propos de n'importe quel pouvoir, nous pouvons, si le cas échéant cela se produit, nous pouvons

opposer qu'il n'a pas respecté les règles qui lui étaient applicables. La sanction qui va s'abattre sur ce pouvoir, sur cette puissance, c'est que, n'ayant pas respecté les conditions grâce auxquelles il peut se dire pouvoir, c'est-à-dire qui fondent la légitimité du titre à commander. On dira alors que ces actes sont irréguliers, qu'ils ne sont pas valides, qu'ils n'ont pas à être respectés puisque ce qui est nul n'a point d'effet : «quod nullum est nullum producit effectum», comme le dit le vieil adage.

En second lieu, le droit limite le pouvoir, parce qu'en même temps qu'il en fixe le statut il en détermine la compétence. C'est-à-dire la zone dans laquelle il est fondé à intervenir, et les conditions auxquelles il peut intervenir.

Hors du cadre que le droit a assigné au pouvoir, celui-ci ne peut pas intervenir. Il outrepassa ses compétences dit-on, il usurpe le pouvoir d'un autre organe, enfin peu importe l'expression employée. Quoi qu'il en soit, le droit là aussi, impose au pouvoir non seulement d'exister dans des conditions régulières mais en plus d'agir dans des conditions régulières, dans la limite de ses compétences. Donc dans les deux cas, que ce soit les conditions d'existence ou les conditions de fonctionnement du pouvoir, le droit limite le pouvoir. Mais arrêtons-nous un instant sur cette formule. Il est vrai que si l'on admet que le droit limite ainsi le pouvoir, il assure la liberté, c'est incontestable, puisque la part qui n'est pas donnée à l'ordre, qui n'est pas donnée au commandement, à l'obéissance, c'est la part de liberté. Mais est-on certain que le droit limite réellement le pouvoir ? Oui, parce que jusqu'à présent quand j'ai dit que le droit limitait le pouvoir, j'ai voulu dire que le droit émettait des règles, des prescriptions, des régimes juridiques, qui faisaient que les actes étaient réguliers, irréguliers, légaux, illégaux, etc ... Mais cela ne suffit pas car un pouvoir doit non seulement respecter le droit mais il faut encore que le système juridique et on vient buter alors sur l'énorme problème de l'effectivité de la règle juridique. On peut en donner une démonstration a posteriori facile, lorsque vous lisez par exemple dans l'Esprit des Lois de Montesquieu, la très belle description que le Baron de la Brède fait de la Constitution d'Angleterre, la séparation des pouvoirs, le législatif, l'exécutif, chacun fait contrepoids à l'autre c'est magnifique. C'est magnifique mais ça n'existe pas. Quand Montesquieu décrit la Constitution d'Angleterre ce n'est pas elle qu'il décrit, c'est le régime idéal selon Montesquieu, mais il n'existe pas en Angleterre en 1755 un régime qui est celui de Montesquieu.

Par ailleurs quand vous étudiez des régimes totalitaires ou des régimes dictatoriaux et que vous en lisez les constitutions, combien de fois n'ai-je pas entendu mes étudiants en Droit Constitutionnel dire : «pas de quoi fouetter un chat, la constitution est bien, c'est la même que la nôtre». Il y a loin de la théorie juridique à l'effectivité. Là il y a un problème. Si la règle juridique limite le pouvoir, elle doit être efficace. Elle ne peut l'être que si elle a un degré de puissance supérieur à la force à laquelle elle prétend résister, c'est-à-dire à ce pouvoir usurpé, à ce pouvoir illégal. Mais pour que la règle de droit s'oppose au pouvoir il faut qu'elle même ait une certaine puissance, c'est-à-dire, qu'elle constitue un pouvoir ou mieux qu'elle s'appuie sur un autre pouvoir. C'est toute l'astuce de la théorie de la séparation des pouvoirs, qui consiste à faire en

sorte que la règle ne peut pas être violée qu'à une condition, mais capitale, qu'il y ait un pouvoir qui n'ait pas intérêt à ce qu'elle soit violée. Et c'est là évidemment toute l'habileté de faire en sorte de camper un système politique dans lequel aucun pouvoir n'a intérêt à ce que l'autre viole la règle, parce que ce viol se fera toujours à son détriment. Mais alors, à quoi le pouvoir obéit-il ? A la règle de droit ou simplement à la force contenue dans cette règle ? Est-ce que c'est vraiment le droit qui a gagné ou est-ce que c'est la contreforce ou le contrepouvoir qu'on lui a opposé ? C'est la force du droit ou c'est la force de la force ?

J'aborde maintenant une deuxième modalité selon laquelle le droit peut être source ou cadre de la liberté. Le droit a pour avantage, tout au moins apparent, souvent réel, de fixer clairement les règles du jeu social. Cela signifie tout d'abord que le droit, parce qu'il pose à l'avance les règles du jeu au sens noble du terme, est favorable à la liberté. En effet, à partir du moment où un être humain connaît à l'avance les règles du jeu, c'est-à-dire ce qu'il peut faire, ce qu'il ne doit pas faire, les avantages et inconvénients que le régime juridique en vigueur attache à l'une ou à l'autre des positions qu'il souhaite prendre, cela lui permet non seulement d'exercer son choix mais de l'exercer dans une parfaite clarté puisqu'il connaît à l'avance tous les tenants et tous les aboutissants. Il sait jusqu'où il peut aller, quels sont les droits qu'il possède, à partir de quand il ne peut plus s'avancer et quels seraient alors les inconvénients qui s'abattraient sur lui. Il est sûr que nous sommes là dans des conditions idéales en quelque sorte, pour expérimenter la liberté. La règle de droit, lorsqu'elle atteint un certain degré de précision et de clarté permet à la liberté de jouer en pleine lumière et en pleine clarté. C'est d'ailleurs pourquoi tous les systèmes juridiques se sont dotés d'une série de principes comme la non rétroactivité des règles juridiques par exemple, qui a pour inconvénients majeur en perturbant a posteriori un jeu qu'on a déjà joué, d'anéantir complètement l'exercice de la liberté. Et en permettant dans des conditions idéales de clarté, l'exercice de la liberté, il permet à la société en retour, de faire jouer à plein la responsabilité qui s'attache à la mise en œuvre de mouvements libres. Mais il faut y insister car c'est un aspect souvent négligé en particulier par le législateur contemporain. Pour qu'il en soit ainsi, il faut non seulement que la règle soit claire, c'est-à-dire clairement formulée, clairement compréhensible, mais il faut encore qu'elle atteigne un certain degré de généralité. Et cela on ne le dira jamais assez, parce que la généralité de la règle est une condition de la participation la plus égale, sinon totalement égale, mais la plus égale possible de tous les membres du corps social à l'usage de la liberté. Il est navrant de constater à quel point le législateur contemporain, en prenant le mot «contemporain» dans une acception chronologique un peu large, il est navrant de considérer combien le législateur contemporain multiplie comme à plaisir les catégories juridiques, les spécifications, les ensembles et les sous-ensembles qui font qu'on a l'impression que chaque citoyen se trouve dans une catégorie ridiculement petite, sans comparaison, sans communication avec les autres catégories de citoyens. On pense évidemment au système de tarification de la S. N. C. F. avec les 575 possibilités tarifaires par unité de transport, ce qui est évidemment assez fabuleux, mais

on aboutit à une sorte de mosaïque, d'atomisation des situations juridiques, je ne parle pas des situations individuelles, mais des situations par catégories juridiques, qui laisse un peu désarmé l'observateur des lois, ou l'observateur du droit. De la sorte, quand le législateur, en multipliant les particularismes, en multipliant les catégories spéciales, souvent pour la bonne cause, il se produit en réalité des niveaux de liberté totalement disparates. On a des degrés de liberté, on a des titulaires de liberté qui ne sont pas au même niveau. On aboutit alors à une mosaïque, mais à une mosaïque éclatée d'une liberté, d'une sorte, pour les membres d'un corps social apparemment soumis aux mêmes principes juridiques, de géométrie variable, de liberté à géométrie variable. Et ce n'est pas satisfaisant. Il n'y a d'ailleurs pas que le législateur qui soit en cause, le juge se trouve souvent dans la même situation. Ceux d'entre-vous qui ont étudié la jurisprudence du Conseil d'État, édifiée notamment à partir de 1938, de l'Arrêt « Société l'Alcool dénaturé de Coubert ». Lorsque le Conseil d'État nous dit, avec une magnifique élégance mais aussi une souveraine perfidie : « Le principe de liberté doit faire acception des personnes . Il n'y a pas inégalité devant l'usage de la liberté lorsqu'on traite différemment des personnes qui sont dans des situations différentes ». Le Conseil d'État a raison. Mais à condition que les différences fassent éclater en quelques groupes, en quelques catégories, lorsqu'on se trouve en présence d'une règle qui souffre plusieurs centaines de modalités d'application, alors qui de l'égalité dans l'usage de la liberté que la règle institue ?

Voilà à quelles conditions me semble-t-il, parce qu'il limite le pouvoir, parce qu'il l'encadre, et d'autre part parce qu'il fixe clairement les règles du jeu social, voilà à mon avis à quelle condition le droit peut être créateur ou tout au moins sauvegarde de la liberté.

Mais il peut arriver aussi, et ce sera ma *deuxième considération générale*, que le droit se lève contre la liberté. Le droit peut tout d'abord s'ériger contre la liberté en supprimant purement et simplement une liberté. Et puisque cela ne coûte pas cher, ou plusieurs d'entre-elles, ou même à la limite toutes les libertés. Ce n'est pas gênant pour l'hypothèse. C'est plus gênant pour ceux qui vivent une telle situation. Mais on peut imaginer effectivement que la règle juridique énonce une proposition qui anéantit sur un plan donné, une ou plusieurs libertés. Il en va ainsi par exemple dans un système totalitaire, c'est-à-dire dans un système dans lequel un corps de l'État prétend englober la totalité de la vie dans une vision globale, une Weltanschauung dirait le philosophe allemand, c'est-à-dire qu'absolument rien de la vie privée ou publique des individus n'échappe à une certaine réglementation juridique. On peut citer par exemple, c'est un exemple cocasse, mais qui est significatif, cette conception qui faisait que, à la Belle Époque du fascisme mussolinien, le Duce à la veille des grandes vacances d'été par décret, fixait à quelle date le chapeau de paille était d'un port obligatoire et quelle devait être la longueur maximale des robes des jeunes filles, sur toute l'étendue de la péninsule italienne. Et c'est pourtant ce que les italiens ont connu de 1924 à 1942 environ.

Ce n'est pas grave, je le veux bien. Je reconnais que ce n'est pas majeur. Je n'ai pas cité l'exemple parce qu'il était majeur, mais parce qu'il était significatif. Il est sûr que pour un esprit qui veut alimenter la liberté, certainement que le droit est le moyen le plus merveilleux. Par la précision du langage juridique, par la neutralité apparente de la règle de droit, par l'obligation faite aux juridictions de se soumettre aux dispositions juridiques qui ont un minimum de précision, il est sûr que le droit peut être l'instrument le plus efficace et le plus féroce d'anéantissement des libertés. On assassine plus souvent la liberté avec un article du code, sans préciser lequel, on l'assassine certainement plus facilement qu'avec un canon, parce qu'il y aura des gens qui ne seront pas d'accord pour se mettre devant le canon. Et parce que la force, à raison de sa brutalité même, risque de faire que les gens se rendent compte que la liberté disparaît. Tandis qu'avec un article de loi c'est tellement facile, à dose homéopathique, qu'on meurt aussi bien mais sans soubresauts.

La deuxième observation que je voudrai faire, c'est que le droit peut encore être la limite de la liberté, par sa complexité, parce qu'alors il introduit un facteur d'ambiguïté, un facteur d'obscurité parfois dans les relations juridiques, dans leur portée, dans leurs conséquences, dans leur signification, qu'il aboutit à une incompréhension et donc à un mauvais usage, le plus souvent de la liberté. Celui qui se dispose à user de la liberté ne sait pas très exactement ni ce qu'il peut faire, ni ce qui peut résulter des actes qu'il se propose de poser. Il n'est pas besoin d'aller très loin, certaines dispositions de notre code général des impôts par exemple, voyez donc que je prends la France au XXème siècle, je ne remonte pas à Clovis, certaines dispositions de notre Code Général des Impôts sont d'une complexité telle qu'elles ouvrent à l'administration une marge de liberté au mauvais sens du terme telle qu'en réalité elle peut faire à l'égard d'une disposition donnée, à peu près ce qu'elle veut. Ce qui signifie qu'elle laisse le contribuable nu et cru devant une appréciation administrative qui n'a pour elle que d'être administrative. Et le droit fiscal n'est pas celui où règne la plus grande obscurité. Ceux qui parmi vous on fait de savantes études de droit administratif se rappellent qu'à certains égards la détermination de la compétence des juridictions judiciaires ou administratives pour connaître d'un litige, atteint parfois certains sommets vertigineux qui doivent valoir certains des plus hauts sommets du monde du point de vue intellectuel. Or, je dis que la complexité de la règle juridique est dangereuse d'abord pour la liberté de celui qui doit exercer un choix, mais elle est dangereuse aussi parce qu'elle introduit entre des partenaires à la relation juridique, une très forte inégalité. Si au moins on pouvait dire : c'est compliqué pour tout le monde. Mais hélas ! ce n'est pas compliqué pour tout le monde. C'est compliqué pour certains, mais pas pour d'autres. Et il arrive alors que lorsque les deux personnes s'engagent elle ne s'engagent pas avec le même degré de liberté et le même niveau de connaissance. Et enfin, je dis que c'est encore plus dangereux pour le droit lui-même car l'expérience a montré que la sinuosité de certaines règles juridiques pousse les citoyens à tenter de résoudre leurs problèmes hors droit. Par des passe-droits, par ce que les italiens nommeraient d'un nom délicieux, en tout cas plus délicieux que la réalité qu'il couvre, par des « combinazioni » ou tout

simplement par des procédés brutaux, la violence, la manifestation dans la rue, etc ... Comment expliquer et comment faire comprendre lorsque l'on n'a pas un excellent Professeur de Droit Européen sous la main, comment faire comprendre à ces agriculteurs français que lorsque à Bruxelles on a décidé que le lait augmentera de 7 %, cela veut dire que les agriculteur ne pourront augmenter le lait que de 1 1/2 %, non ils n'ont encore pas compris. Pourquoi ? parce que la complexité des mécanismes bruxellois est telle qu'elle passe par dessus la tête de tous ceux qui ne sont pas des spécialistes et alors elle pousse les gens à sortir des sentiers prévus par le Droit, c'est-à-dire qu'elle pousse les gens à faire exactement le contraire de ce à quoi tendait la règle de droit, la pacification des relations sociales.

La troisième observation que je ferais, c'est qu'on peut se demander si les objections précédentes valent tout de même dans un État démocratique. Au fond, dans un État démocratique, la règle juridique est censée avoir été voulue par le peuple. Et donc, tout ce que veut le peuple par le moyen de ses représentants, n'entrons pas dans le détail, tout ce que veut le peuple vaut droit, passe à terme en règle juridique, du moins il faut l'espérer dans la logique démocratique. Et donc à la limite, si on admet que le peuple est souverain, on doit admettre aussi qu'il puisse intervenir dans tous les domaines et que le droit puisse régler n'importe qu'elle matière. Mais alors, si on admet que le droit, puisqu'il est voulu par le peuple, peut tout faire, on admet aussi que le droit peut à la limite, anéantir la liberté. Une ou plusieurs des libertés, peu importe.

Mais alors si on permet le développement à plein de la démocratie jusqu'à ces dernières conséquences, ne court-on pas le risque de courir à la mort de la liberté ? Et je pose la question : y-a-t-il ou non antinomie entre la démocratie et la liberté ? Mais la question rebondit. De quelle liberté je parle ? de la liberté du groupe. En ce cas, elle est toujours assurée en démocratie, si c'est le même groupe qui décide et qui est libre ? Ou de la liberté de l'individu ? Mais alors, est-ce que l'une des deux doit l'emporter ? Est-ce qu'elles peuvent être sur un plan d'égalité ? Qu'est-ce qu'il fonde la supériorité du groupe sur l'individu, quant à l'usage et à la possession de la liberté ?

Enfin ma dernière observation sera que parfois le droit limite volontairement certaines libertés ou tout au moins la liberté dont dispose certains sujets du droit pour favoriser d'autres titulaires de la liberté ou d'autres libertés. Par exemple, dans la détermination des conséquences qui s'attachent à la signature d'un contrat de travail, il est certain que notre législateur n'a pas voulu qu'on s'applique purement et simplement le cadre général de la liberté contractuelle, du moins ce qu'il en reste, tel que voulu par le Code Civil. Il s'est dit, dans la relation contractuelle qui caractérise le contrat de travail, les partenaires ne sont pas sur un pied d'inégalité. Et ils sont à ce point en situation inégalitaire que moi, législateur, pour rétablir l'égalité, c'est-à-dire la liberté dans la négociation, je vais réduire un peu la liberté de l'un pour redonner un peu plus de liberté à l'autre. Voilà un cas-type où le législateur, je ne dis pas qu'il y parvienne, je dis simplement se propose pour un but d'amoindrir la liberté de l'un pour donner la liberté à l'autre par un espèce de vase communicant

comme s'il y avait dans la liberté un aspect quantitatif. On pourrait prendre un morceau de liberté pour le mettre à côté. Pareil dans les relations entre les propriétaires et leurs locataires. D'autant que certaines dispositions législatives, à moins que ce ne soit pas voie d'ordonnance, prochaine précisément, se proposent pour but, de rétablir l'égalité. Il est sûr qu'entre un propriétaire qui a un appartement dont il n'a pas besoin pour habiter et un locataire qui cherche désespérément un appartement, la partie n'est pas égale. Et peut-être réduire un peu la liberté du propriétaire pour en donner au locataire, c'est tenter par là de rétablir une certaine égalité dans l'usage de la liberté par les partenaires.

Mais alors, dans ce dernier cas, on perçoit bien que ce que le législateur vise par delà une sorte de rétablissement de l'équilibre des libertés ce n'est pas la liberté c'est le juste. Oui, le législateur s'est donné une axiologie, une échelle des valeurs et il lui est apparu que l'inégalité qui existe dans ce type de relations juridiques (le contrat de travail, le bail), n'est pas admissible ou qu'elle n'est pas justifiée. Elle n'est pas admissible, elle n'est pas justifiée par rapport à une certaine échelle des valeurs. Le législateur a posé là un nouveau jugement de valeur dont il a tiré cette conséquence : j'enlève un peu de liberté et je la donne à l'autre. Mais alors de la liberté, on se trouve renvoyé au juste.

REFLEXIONS PEU CONFORMISTES SUR L'AUTORITE DANS LA SOCIETE *

par Joël-Benoît d'ONORIO

«... l'autorité ne tenant plus son origine de Dieu mais des hommes, il arriva que les bases mêmes de l'autorité furent renversées dès lors qu'on supprimait la raison fondamentale du droit de commander pour les uns, du devoir d'obéir pour les autres».

Pie XI

Pour des spécialistes du Droit et de la Science Politique, l'autorité est cruciale au sens étymologique du mot, c'est-à-dire qu'elle se trouve à la croisée de leurs chemins d'investigations intellectuelles et politiques. A la base du droit, à la racine de toute loi, à l'origine de tout phénomène politique ou social, se pose toujours une question d'autorité.

Mais l'autorité n'est pas une notion intéressant seulement les spécialistes des sciences sociales, une «*terra incognita*» réservée aux philosophes en général, ni même aux philosophes du droit en particulier. Elle ne relève pas du seul domaine de la théorie pure : elle est une pratique que tout un chacun rencontre régulièrement dans sa vie sociale, professionnelle, familiale, spirituelle même. L'autorité n'est pas une puissance lointaine qui se manifesterait par intermittence. Elle est constamment avec nous, d'aucuns iraient jusqu'à dire «sur nous».

Comme toute vérité fondamentale et évidente, l'autorité a été l'objet de nombreuses critiques qui sont aussi anciennes que l'autorité elle-même. Peut-être ont-elles changé de nature suivant les âges, et surtout d'ampleur. Mais depuis que les hommes pensent, il s'en est toujours trouvé pour ne pas penser comme les autres et critiquer leur autorité.

Pour nos contemporains (et spécialement pour nous, universitaires ou étudiants), les remises en cause de l'autorité ont connu une grande intensité lors de ce «Mai 68» devenu, comme chacun le sait, le commencement de l'histoire du monde occidental ... Les critiques les plus marquantes peuvent se résumer en trois grands chefs d'inculpation :

1 - Autorité égale répression : le propre de l'autorité est de s'imposer ; donc elle vient de l'extérieur et fait de ceux qui y sont tenus des sujets car ils

* Conférence du 8 février 1982.

sont «en sujétion». Dès lors, ces sujets deviennent objets : objets-moyens que l'autorité utilise pour atteindre la fin qu'elle s'est fixée, ou objets-obstacles que l'autorité doit faire plier pour atteindre cette fin.

En tout état de cause, selon Marx, les individus se trouvent «aliénés» ; ils ne s'appartiennent plus. On assiste à une «réification» de l'homme selon l'expression du marxiste Georges Lukacs (1).

2 - Autorité égale violence : l'autorité ne s'imposant pas de soi, elle a besoin d'utiliser la contrainte, qui peut être physique (menaces de peines privatives de libertés ou de châtiments corporels) ou morale (persuasion des esprits pour qu'ils croient en cette autorité et lui obéissent). Cette contrainte peut être directe ou bien sournoise (lavage de cerveaux, propagande insidieuse, uniformisation des esprits ...). Dans tous les cas, la personnalité de chaque individu est violentée.

Dans ce sens, on peut citer Wilhelm Reich pour qui le détenteur de l'autorité est essentiellement «phallique-narcissique», c'est-à-dire que son autorité est faite d'autosatisfaction et de volonté de puissance (2). Selon cette thèse, le summum de l'autorité violente est évidemment l'État dont les théoriciens marxistes ont dit qu'il était «la violence organisée» (Engels), «l'hégémonie cuirassée de coercition» (Gramsci), la superstructure dont la violence peut être ouverte (Police, Armée, ...), institutionnelle (Justice) ou camouflée (Administration).

Dans cette idéologie, l'État est, en effet, l'instrument de domination de la classe minoritaire des exploitants sur la classe majoritaire des exploités. L'expression marxiste traditionnelle d'«appareil répressif d'État» évoque une idée de grande envergure de l'entreprise étatique et suggère des images de monstruosité, de machinerie, voire de sombres machinations ! L'État est devenu «le despote moderne» (3).

Dans «L'homme unidimensionnel» et dans toute son œuvre subséquente, Herbert Marcuse a voulu arracher le masque libéral de l'État capitaliste qui, selon lui, robotise la société et nécessite, pour en sortir, le retour à des valeurs de négation (contre-culture, contre-éducation, contre-pouvoir ...). Dans «Pour décoloniser l'enfant - socio-psychanalyse de l'autorité» (4), G. Mendel a tiré les conséquences qui lui paraissent être celles de l'exercice de l'autorité : l'autorité entraîne l'inégalité qui conduit à l'exploitation pérennisée.

(1) In «Histoire et conscience de classe» 1923.

(2) in «L'analyse caractérielle» 1929, trad. fse 1971, p. 195.

(3) M. Lobrot, «Pour ou contre l'autorité», Gauthier-Villars, 1973, p. 33.

(4) Ed. Petite Bibliothèque Payot, 1971.

Cette exploitation est tellement pérenne que chacun y adhère, l'accepte et la croit inéluctable. D'où la mystification de toute la société qui, dès lors, idéalise l'autorité et parfois même la divinise.

3 - Autorité égale dépendance : l'autorité est la négation de l'autonomie de la personne humaine ; elle produit la contrainte ; elle pratique la centralisation ; elle régent l'activité politique, sociale, professionnelle, familiale de l'individu ; elle administre le bonheur des gens, elle contrôle l'information, elle dispense la culture, etc ... D'où une situation de frustration qui conduit à infantiliser le citoyen.

Pour ces théories psychanalytiques, l'autorité est la transposition au niveau suprême de la relation parents-enfants au niveau inférieur. Selon G. Mendel, «*le réflexe de soumission à l'autorité est l'effet d'un conditionnement auquel est soumis l'enfant depuis les tout premiers mois de sa vie*» (5). «*Obéir, c'est se faire petit, s'écraser, s'abaisser, s'agenouiller*» (6). Or chacun sait maintenant que l'homme moderne, citoyen évolué, ne saurait être qu'un homme debout qui ne pose jamais le genou à terre ! ...

L'autorité serait donc l'odieux système familial reproduit au plan politique. C'est très logiquement que W. Reich a écrit que la destruction de l'autorité de l'État commence par celle de la famille, puis de l'école dont les enfants doivent acquérir, selon Mendel, une conscience de classe pour pouvoir se révolter contre la famille.

L'ensemble de ces critiques a convergé dans ce «*grand refus*» de Marcuse : une société sans famille, sans école (sans université !) sans classe, sans État et, bien sûr, sans Église ! Dans cette «*société sans*», se développe cette contre-culture faite d'une juxtaposition de marginalités.

Il était prévisible qu'une contestation d'une telle ampleur portât atteinte non seulement à la crédibilité sociale de l'autorité, mais aussi à l'auto-crédibilité de l'autorité. Car, si la contestation de l'autorité a toujours plus ou moins existé en pratique (délinquance, révoltes, rébellions, secessions, indépendances), on a assisté, à l'époque contemporaine, à une systématisation de cette contestation.

La contestation de l'autorité a été érigée en système autour duquel nombre de penseurs ont bâti leur philosophie conduisant ainsi à une théorisation de l'anti-autorité.

Porté sur le plan culturel, le phénomène a connu inévitablement une propagation plus vaste et plus profonde, grâce surtout aux médias, mais grâce aussi à une conception autant erronée qu'infondée des droits de l'homme. L'absolutisation des droits de l'homme en vigueur actuellement dans certains

(5) op. cit. pp. 44 et 67.

(6) op. cit. p. 56.

milieux ou cercles de pensée, délaisse totalement les droits de la famille, de la Nation et de l'État qui existent pourtant bel et bien et qui ne sont jamais que les droits de la société organisée, les droits de l'homme en société.

Cette remise en question de l'autorité est d'autant plus d'actualité qu'elle a trouvé un écho jusque dans le Projet du Parti socialiste français où il est écrit :

«La crise de l'autorité est une des dimensions majeures de la crise du capitalisme avancé (...) Aux yeux du Parti socialiste, l'existence de cette crise est positive. La remise en cause, même brouillonne, de l'autorité témoigne, en effet, de la profondeur de l'exigence démocratique (...) La crise de l'autorité s'enracine dans la crise de la société actuelle. A travers l'autorité immédiatement supérieure, c'est toute une conception de la vie qui est refusée, avec ses finalités prédéterminées, son partage des rôles etc ...» (7).

On peut dès lors se demander quelle est donc cette autorité si décriée dont on recense tant de maux. Connait-on bien l'identité de cette accusée dont on instruit un peu trop facilement, un peu trop rapidement le procès ?

A la vérité, toutes ces théories de l'autorité brièvement citées n'envisagent pas l'autorité, mais seulement différentes formes pathologiques de l'autorité.

Certes, l'autorité peut se présenter sous un aspect répressif, violent ou contraignant, mais il s'agit d'une dégénérescence de l'autorité qui a été peut-être privilégiée en vue de certaines fins visées par ses contempteurs.

Aussi convient-il de réfléchir au fond du problème en considérant la nature de l'autorité et la pratique de l'autorité, c'est-à-dire d'une part l'autorité dans son essence, et d'autre part l'autorité dans son existence.

*

I. – L'AUTORITÉ DANS SON ESSENCE

Pour comprendre l'autorité, il faut d'abord comprendre la société car autorité et société sont intimement liées.

Une société se caractérise par cinq éléments :

- une pluralité de membres
- une union de volontés
- une unité de fin
- une communauté de moyens
- une autorité directrice

La pluralité de membres se déduit du terme même de société qui sous-tend une idée d'association qui ne peut concerner que plusieurs personnes.

(7) Ed. Flammarion, pp. 123 - 124.

A la base de la réunion de plusieurs personnes, il y a nécessairement une union de volontés sans laquelle on n'aurait pas une société, mais une simple juxtaposition d'individus. L'unité de fin indique le but assigné ; elle est la cause fondamentale de l'union des volontés grâce à laquelle une fin n'appartient plus uniquement à l'individu mais à la société toute entière ; de telle sorte que la fin, d'isolée qu'elle était, devient commune à tous et que chacun des membres de la société la désire et la recherche tant pour lui-même que pour tous les autres. La fin est l'élément prépondérant de la société, sa raison d'être ; elle lui donne sa nature spécifique ; elle en explique les choix et elle en règle les rapports. Elle exprime l'unité de destin d'une collectivité humaine.

De l'unité de fin se déduit la communauté de moyens qui lui est nécessaire et sans laquelle il serait impossible d'unir les esprits et les volontés dans la tendance vers un même but.

Enfin, l'unité de commandement est indispensable à toute société dont l'autorité doit être l'organe fédérateur de la pluralité des membres, la manifestation concrète de l'union des volontés, le moteur de l'unité de fin et la garantie de la communauté de moyens. Cette autorité peut être unique même quand ses dépositaires sont plusieurs à la condition qu'ils agissent solidairement et «*per modum unius*», ainsi d'un gouvernement formé de ministres ou d'un législateur composé de parlementaires.

Comme on le voit, l'autorité est indispensable à la société : sans autorité, pas de société mais une pluralité éparse d'individus ou de groupes ! La pluralité d'individus est la cause matérielle de la société, l'ordre social (qui ne se confond pas toujours ni uniquement avec l'ordre établi) en est la cause formelle, qui lui donne la forme d'une société dont l'autorité constitue la cause efficiente qui garantit l'unité sociale, principe fondamental.

La société est formée d'hommes, êtres raisonnables et libres. Leur liberté les rend divers dans leurs actes et dans leurs jugements : «*Quot capita, tot sententiae*». Leur légitime diversité doit cependant, sur les sujets les plus importants, être ramenée à l'unité. Celle-ci ne peut se faire spontanément mais par un acte de l'intelligence qui va ordonner ce qui était jusqu'alors désordonné. Ce pouvoir d'unir et de réunir les volontés, c'est l'autorité.

L'autorité est donc le droit de déterminer, dans l'extrême variété des jugements et des conduites humaines, une règle raisonnable (conforme à la raison) à laquelle tous doivent nécessairement conformer leur activité sociale. La société sans autorité n'est pas une société mais une multitude : la société est une unité mais la multitude n'est qu'une simple agrégation sans cohésion : la multitude seule n'est pas plus la société que la poudre de marbre n'est la statue ou qu'un groupe de soldats ne forme de soi une armée...

L'autorité est à la société ce que l'âme est au corps : le principe de vie et d'animation. L'autorité est donc consubstantielle à la société.

On peut aller plus loin en soutenant que tout groupe, même infra-humain, est mu par une autorité. C'est ce qui ressort de l'observation de la vie des animaux (8), sans pouvoir parler pour autant de «sociétés animales» puisque les comportements y sont le résultat des automatismes et des instincts et non pas de l'intelligence qui façonne les sociétés humaines.

En fonction de ce qui vient d'être dit, on peut définir l'autorité comme «une structure du groupe : le fait même qu'un groupe se structure, s'organise, se donne des buts, se met à «exister comme groupe», donne naissance à l'autorité» (9).

L'autorité est l'acte de naissance du groupe social ; elle le fait passer du néant à l'être en tant que groupe, c'est-à-dire comme un être social essentiellement différent des êtres qui le composent et supérieur à eux dans son ordre. Elle est l'acte fondateur, parce que par elle et grâce à elle la société se manifeste en tant que telle. L'autorité est la tête du groupe social ; elle s'y définit comme le droit d'établir et d'assurer l'ordre.

On croit souvent qu'elle est synonyme de pouvoir. En réalité, bien que connexes, les deux notions ne sont pas totalement identiques. L'autorité est le droit moral de commander, tandis que le pouvoir est la capacité de commander et de s'imposer (10). C'est ainsi qu'il peut y avoir un pouvoir sans autorité (le brigand qui menace, le tyran qui opprime) ou une autorité sans pouvoir qui peut être politique (gouvernement en exil), morale (Pape en matière temporelle) ou scientifique (savant, expert). Autorité et contrainte ne vont pas toujours de pair ; d'ailleurs, sur un plan conceptuel, l'autorité relève de l'ordre des valeurs, alors que la contrainte relève de l'ordre de la force (11). Une conception pénale de l'autorité est la marque des systèmes collectivistes qui engendrent des organisations sociales totalitaires : l'État-gendarme précède le «Tout-État».

Étymologiquement, le mot autorité vient du latin «*auctoritas*» «*augeo*» et du grec «*αυξη*», «*αυξω*», augmenter, faire croître, développer, engendrer, créer. «*Auctor*» signifie auteur, celui qui crée, qui engendre, qui produit qui fait naître.

L'autorité soutient l'action engendrée par la parole ; une autorité parle ou n'est pas. Parfois même, le langage lui suffit : par exemple, le «*fiat lux*» divin (12) ou la déclaration de guerre. Cela indique aussi que l'autorité ne se

(8) Cf. les travaux sur l'organisation sociale chez les animaux répertoriés par Roger Mucchielli «*Psychologie de la relation d'autorité*», Ed. Librairies techniques et E.S.F., Paris 1976, p. 32 - 35.

(9) *ibid.* p. 23.

(10) Cf. Christophe Golfin, «*Autorité et pouvoir*», *Lumière et Vie*, n. 49, Lyon, Sept. Oct. 1960, p. 10. Cf. aussi Jacques Maritain «*L'homme et l'État*», 2e éd. P.U.F., 1965, p. 117.

(11) Cf. R. Mucchielli, *op. cit.*, p. 27.

(12) Cf. Raymond Polin «*Éthique et Politique*», Ed. Sirey, Paris 1968, p. 215.

borne pas à donner la vie à quelque chose ; elle doit en assurer la survie. On évoque, par là, une continuité dans l'idée et une permanence dans l'action. Loin de s'épuiser dans la révélation du non-être en être, fait précis mais passager, l'autorité a pour principe d'en assurer l'existence continue. A la vie, s'ajoute aussi la naissance de l'être social.

Il convient donc d'examiner la naissance, c'est-à-dire le fondement de l'autorité, puis la croissance, c'est-à-dire la finalité de l'autorité.

A - Fondement de l'autorité

Nous avons dit que l'autorité est indissolublement liée à la société. La vie en société est imposée aux hommes par les lois de la nature. Dès l'origine des siècles, il a été constaté qu'il était mauvais que l'homme fût seul et il lui a été donné l'aide de son semblable auquel il s'est uni pour former la société de base qu'est la famille. Cette relation d'ordre naturel est primordiale.

Le principe de diversité qui régit la société a son corollaire dans le principe d'unité qu'est l'autorité.

Elle exprime une obligation morale pour les hommes avec lesquels elle établit une relation de droit sur la base d'un idéal social et moral qu'est le bien commun, «*idée-mère de la société*» (13).

Est-ce à dire que l'autorité se fonde sur les individus qui composent la société et n'est que la somme des autorités individuelles de chacun ? Certes, l'autorité sociale suppose l'existence de droits individuels car il n'y aurait pas d'autorité qu'il n'y avait de droits des personnes à protéger. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'autorité sociale est formée de l'addition de toutes les autorités individuelles de la société, comme le soutient la théorie du Contrat social (14). En effet, pour prendre un exemple, un avion n'est pas la somme des ailes, de la queue, des moteurs, des réacteurs, du train d'atterrissage et de la cabine de pilotage. Car la somme de tous ces éléments (au demeurant indispensables) ne constitue qu'un amas de ferraille, en plus ou moins bon état. En revanche, il est plus exact de dire qu'un avion est le résultat de l'assemblage, puis de la combinaison de tous ces éléments qui sont, en effet, essentiels dans la construction et le fonctionnement d'un avion.

Pareillement, l'autorité n'est pas la somme des autorités individuelles appartenant à chacun en raison de ses droits innés, mais bien plutôt la substance de cette union, le principe fédérateur et conservateur. D'ailleurs, la théorie du contrat social n'est que peu convaincante si tant est qu'elle ait jamais pu être un tantinet séduisante...

Il y a au moins deux raisons à cela :

(13) Joseph Delos «*Qu'est-ce que l'autorité ? Son fondement naturel*» in «*La crise de l'autorité*», Semaine sociale de France, Lyon 1925, p. 73.

(14) Livre III, chap. I.

1 - sur le plan de la logique, il est vrai que la nature démontre le caractère indispensable de l'autorité sociale mais sans nous dire où elle réside. Tous les hommes étant égaux par nature, il faudrait en conclure qu'ils sont donc tous souverains par nature, qu'ils ont une autorité égale.

Or, ici, la confusion s'ajoute à l'illogisme : s'il est exact que tous les hommes sont égaux par nature, il ne s'ensuit pas qu'ils aient une autorité égale. Cela reviendrait à dire que, dans un concours, tous les candidats étant égaux par nature (ce qui est authentiquement vrai) sont donc tous premiers au classement général ou ont la même valeur intellectuelle (ce qui est évidemment faux). Et on ne verrait pas les candidats se classer volontairement dans des places inférieures pour faire émerger le major de la promotion et lui conférer ainsi autorité sur ses camarades ! ...

En réalité, il y a confusion entre les deux stades du raisonnement : tous les hommes (et tous les candidats à un concours) sont égaux en raison de leur nature, abstraction faite de la vie en société (ou des diplômes universitaires), mais ils ne le sont pas en raison de leur individualité, de leur place dans la société (ou de leurs notes au concours). Une société où tout le monde commande est invivable ; un concours où tous les candidats sont reçus premiers est impossible. Tous ont le droit de commander (ou de réussir à un concours), mais seulement quelques uns y parviendront. La réussite de ceux-ci ne sera pas la somme des échecs des autres, ni les connaissances générales du major, la somme des connaissances partielles du reste de sa promotion !

2 - Sur le plan historique, se pose un problème de preuve. Qui peut prouver que le contrat social ait existé ? Rousseau lui-même et ses disciples sont très discrets sur le sujet. Parlant du passage du libre état de nature à l'état de société inauguré par le contrat, Rousseau écrit : « *Comment ce changement s'est-il fait ? Je l'ignore !* » (15). Il pense seulement qu'il a dû exister ... Or, pour tout juriste, tout politologue, tout sociologue, un contrat est un acte solennel, facilement démontrable. Or, voici une philosophie de l'autorité fondée sur un contrat aussi capital pour toute la société mais que nul ne peut dater, que nul ne peut produire et dont nul ne trouve trace ! ...

Tout est bâti sur des suppositions qui n'ont de logique que l'apparence car leur base de départ est doublement faussée :

- d'abord, parce que la société n'est pas une réunion d'individus réellement isolés et véritablement indépendants, mais une réunion de familles. En effet, l'homme n'est pas le fruit d'une génération spontanée ; il naît d'un père et d'une mère. C'est là sa première société : nucléaire, irréductible et inévitable. La famille est membre d'une cité ou d'une nation qui est la seconde société : collective, politique et nécessaire. La famille est bien la cellule de base de la société car la société domestique a précédé la société

(15) Livre I, chap. I.

politique. Elle est source de vie sociale où se font la naissance et l'éducation des enfants par les parents. Or, Rousseau évoque rapidement, presque furtivement, la famille dans son «*Contrat social*» (16).

- ensuite, parce que tout le système du contrat social repose sur un postulat erroné : quel intérêt le bon sauvage aurait-il eu à passer ce contrat, lui qui était naturellement bon, qui était capable de défendre sa vie et d'assurer sa subsistance tout seul, de jouir de la plus grande des libertés ? Les contraintes sociales qui vont naître du contrat ne sont en rien un avantage en comparaison de cet état de société naturelle et de satisfaction immédiate de tous les besoins. Imagine-t-on des hommes libres se précipiter dans les prisons ? Un Allemand de l'Ouest se réfugier à Berlin-Est ou un Français partant s'installer à Varsovie ?

Ce sauvage, qui va passer ce contrat, ne possède pas encore le langage. Le voilà qui en est déjà cependant arrivé au stade d'une pensée juridique ! Il ne sait pas penser mais il sait écrire ! ...

De surcroît, ce contrat, on l'a dit, n'a jamais existé. Un des disciples immédiats, Burlamacchi, Professeur à l'Académie de Genève, a cru trouver dans la fondation de la cité romaine un exemple de pacte social. Or, il n'en fut rien car l'union née sur les rives du Tibre fut scellée non par des hommes ou des tribus éparses, mais, à en croire Denys d'Halicarnasse, par les membres d'une colonie fondée par Numitor, Roi des Albains et dirigée par les deux frères jumeaux bien connus.

En fin de compte, la théorie rousseauiste du contrat social repose sur des hommes qui n'ont jamais existé, sur un fait qui ne s'est jamais produit et sur un contrat qui n'a jamais été signé ! ... En outre, il met en scène un homme libre par nature mais partout dans les fers, qui crée la société dans laquelle il est déjà né, qui confère une autorité qui déjà le dépasse, qui fait partie d'une race d'égaux qui vivent dans l'inégalité, et qui a signé un contrat qui n'a jamais existé. Et cette hypothétique et contradictoire doctrine prétendrait décréter que l'autorité procède, dans son essence, de la société ! ...

Ce n'est donc pas un fait précis, identifiable, isolable qui a créé l'autorité mais la nature intrinsèque de la société. En effet, la société ne crée par l'autorité, mais l'autorité naît de la société : si la société n'existait point, s'il n'y avait point d'hommes à unir, il n'y aurait nul besoin d'autorité. Mais dès lors que les hommes s'unissent, leur union produit naturellement l'autorité directrice.

Par exemple, un homme et une femme qui s'ignorent n'ont, entre eux, aucun devoir réciproque. S'ils viennent à se connaître et à se marier, ils fonderont une famille dont tous les membres devront honorer certaines obligations telles que le devoir de secours entre époux, l'éducation des enfants, la subsistance de la famille, etc ... Ces personnes ont-elles pour autant créé ces devoirs ? Évidemment non : ces devoirs, nés de leur union, se sont imposés

(16) Livre I, chap. II.

d'eux-mêmes. Cet homme et cette femme les ont trouvés déjà formulés dans les lois de la nature. Leur volonté a créé l'union matrimoniale mais n'a pas créé les droits et devoirs qui en découlent.

Si la volonté a sa place dans l'établissement de la relation matrimoniale, elle disparaît totalement dans l'établissement de la relation sociale. La plupart des hommes font partie de telle société politique parce qu'ils y sont nés. Le choix de société leur a échappé et ne dépend pas d'eux (17). L'autonomie de la volonté semble donc un faux principe pour la fondation de l'autorité.

Fondée en nature, l'autorité l'est aussi en liberté. S'adressant à l'intelligence comme médiatrice du bien commun, *«l'autorité donne à l'homme de s'ouvrir librement à ce qui le dépasse comme individu et l'accomplit déjà comme homme»* (18). L'ordre qu'elle crée est un ordre humain qui *«ne peut être atteint qu'humainement, c'est-à-dire par mode de liberté et non de contrainte»* (19). Kant pensait que la liberté intrinsèque de l'homme en société réclame l'autorité car il n'y a que l'ordre pour garantir la liberté (20). Or, fonder l'autorité sur l'autonomie de la volonté de chacun c'est s'exposer à un choc de volontés et un entrecroc de libertés. C'est, dès lors, conduire à un régime de force ; la volonté la plus forte se sera imposée aux volontés les plus faibles. C'est transformer radicalement non seulement la substance de l'autorité mais aussi les rapports d'autorité qui ne sont plus fondés sur la liberté mais sur la force.

La société requiert une collaboration de personnes tendues vers une fin naturelle à la fois propre à chacun et commune à tous. En revanche, l'autorité fondée sur la seule volonté s'épuise dans l'obtention du bien propre de celui qui exerce l'autorité, qu'il s'agisse d'un homme, d'un groupe d'hommes, d'une classe sociale ou d'un parti politique.

Dans cette hypothèse, c'est à son usage exclusif que l'autorité utilise les individus plus qu'elle ne les servira. C'est, dès lors, poser la question de la finalité de l'autorité.

B - Finalité de l'autorité

La fonction de l'autorité est de donner forme à la société, de la rendre viable, de la conduire. Mais de la conduire vers où ? Quel est le but, quelle est la finalité visée par l'autorité ?

Ce ne peut être que vers le bien de la société, ou, à tout le moins, vers un «mieux-être» ; ce bien peut être matériel (progrès du niveau de vie),

(17) Il ne s'agit pas ici du choix de société au sens électoral du terme, comme choix de régime politique.

(18) Ch. Golfín, art. cit., p. 14.

(19) *ibid.*, p. 13.

(20) Cf. R. Polín, *op. cit.*, p. 226.

moral (progrès de civilisation ou des relations sociales) ou intellectuel (progrès scientifique). En tout état de cause, il y a progrès. Car le progrès est un rôle inné de l'autorité dont il faut se souvenir de la racine latine : «*augere*», augmenter, faire croître. La croissance se combine avec l'autorité.

Le bien vers lequel tend l'autorité est naturellement un bien pour toute la société et chaque associé. Le bien est donc un bien commun (21), qui est avant tout le bien humain, le bien des personnes, le bien des familles.

Née de cette recherche du bien commun qui se trouve à son fondement, l'autorité a pour fin le bien commun. Elle n'est pas le bien commun ; elle n'en est que la médiatrice car située à mi-chemin entre le besoin et le but. Ce bien commun est un ordre de Justice et de Paix profitable à tous et à chacun. (22). L'ordre de justice est une quête permanente vers la perfection et la promotion humaines auxquelles sont soumises ensemble les personnes et la société : les personnes parce qu'elles ne peuvent atteindre le bien commun par elles seules ; la société parce que le bien commun est le bien des personnes qui la composent. Cette quête est elle-même requise par la nature, puisque, selon Aristote, «*en dehors de la justice, l'homme tombe au dessous de la bête, car il met au service de la passion les énergies de son intelligence et de son cœur*» (23).

C'est dire, par la-même, que l'autorité a pour but le service de la communauté.

Le Doyen Maurice Hauriou a bien distingué l'autorité du pouvoir de domination qui se réduit à «*une volonté qui se fait obéir par la disposition et l'emploi d'une puissance matérielle*» (24). Saint Thomas d'Aquin a dégagé deux types d'autorité : l'autorité pour le bien politique (de la cité, de tous) et l'autorité utilisée pour le bien du supérieur : «*ad propriam utilitatem dominantis*». Celle-ci met en présence un maître et un serviteur : «*Dominus et servus*». C'est une «*auctoritas dominativa*». L'autorité politique, en revanche, réunit des hommes libres («*liberi, ingenui*») c'est-à-dire, pour le Docteur Angélique, des hommes qui ont la capacité mentale et intellectuelle de voir ce qu'il convient de faire et qui sont, dès lors, volontairement enclins à le faire ; des êtres raisonnables et intelligents : «*liber autem dicitur qui mente potest praevidere quae agenda sunt et inclinatur ad virtutem : similiter ingenuus*» (25). Le «*liber*» est

(21) Cette notion se rapprocherait de celle d'intérêt général de notre droit public, mais la dépasse quand même largement car le bien commun ne révèle pas seulement une valeur matérielle ou arithmétique, il sous-tend une connotation davantage morale que l'intérêt général.

(22) Cet ordre ne peut, à l'évidence, qu'être régi selon la vérité de l'homme et sa nature transcendante.

(23) Ch. Golfin, art. cit., p. 12.

(24) «*Précis de Droit constitutionnel*», 1923, p. 163.

(25) Cf. J. Delos, art. cit., p. 79.

«*per se sufficiens*» et s'assume totalement en tant qu'homme. Le «*servus*» n'est pas «*per se sufficiens*» ; il a besoin d'un autre qui l'aide et le soutienne ; il est donc dans un état de dépendance personnelle et matérielle.

Mais, même dans ce cas, l'autorité n'est pas dégénérée car, à la condition d'être juste, elle est nécessaire au bien du serviteur dont le bien propre sera en corrélation avec celui du maître ; l'Aquinat précise bien à ce propos : «*non solum est servus domini, sed simpliciter illius*» : il n'est pas seulement le serviteur du maître, mais simplement «de lui», comme on disait au XVII^{ème} siècle, dans le sens de «*je suis de la maison du sieur X*». Il y a ainsi une véritable communauté de vie entre le serviteur et le maître. Cette dépendance est légitimée par le bien qu'en retire le serviteur qui, sans son maître, serait ravalé à une condition infra-humaine. Cette autorité du maître deviendrait illégitime si elle faisait du serviteur un authentique esclave.

S'agissant de l'autorité politique, on notera tout l'intérêt sémantique des vocables habituellement utilisés pour désigner les hautes responsabilités politiques («Premier Ministre», «Ministre») ou les grandes administrations («services publics»). Dans chacun, il y a cette racine étymologique de «service». Comme l'a souligné le Vicomte de Bonald, «*dans toutes les langues chrétiennes, les mots «servir» et «service» désignent les plus hautes fonctions politiques, judiciaires, et militaires*» (26).

On ne peut, en effet, manquer de rappeler la conception chrétienne de l'autorité qui a toujours été une constante dans la doctrine de l'Église ; l'Évangile montre le Christ donnant l'exemple du lavement des pieds de ses Apôtres à qui il a laissé comme consigne : «*Que le plus grand parmi vous se comporte comme le plus petit et celui qui gouverne comme celui qui sert*» (27).

L'autorité est d'abord un devoir avant d'être un droit. C'est une «*cura*» (un soin), disait St Bernard de Clairveaux et non un «*dominium*». St Augustin, évêque d'Hippone, déclarait à ses ouailles : «*vobis sum episcopus, vobiscum christianus*», «*pour vous, je suis évêque, avec vous je suis chrétien*» ; et il ajoutait à l'usage des chefs : «*Praesumus si prosumus*» «*nous sommes à la tête si nous sommes au service*».

Si l'autorité est un service, on doit cependant préciser qu'elle n'est pas *au* service de la société mais *pour* le service de la société.

Cela signifie qu'il ne faut pas inverser le système et tomber dans l'excès contraire : l'autorité sociale n'est pas l'esclave de la société ; elle n'est pas soumise à n'importe laquelle de ses volontés. Elle doit viser le bien commun authentique dont le sens peut échapper momentanément à une partie impor-

(26) cité par J. Delos, art. cit., p. 84.

(27) St Luc, XXII, 26.

tante de la société (28). Sinon, ce n'est pas vers le bien commun que tendrait l'autorité mais plutôt vers le mal commun (29).

A la limite, on pourrait dire —et on l'a dit— que la fin de l'autorité, c'est de vouloir sa propre fin (30). C'est dans l'accomplissement total de sa tâche que s'épuise l'autorité. En effet, «*l'autorité n'a de sens, de valeur et, par conséquent, de droit, que dans la mesure où son existence tend non à se supprimer matériellement mais à s'accomplir, à retrouver l'unité avec son essence*» (31). Chargée de faire progresser la société vers le bien commun, l'autorité avance elle-même théoriquement vers sa propre disparition. Mais le bien commun pourra-t-il jamais être vraiment et totalement atteint ?

Oui, car une fin impossible à atteindre n'est pas une fin raisonnable ; or l'autorité ne peut être constituée sur la déraison. Mais il faut préciser que l'obtention du bien commun universel se situe dans l'ordre du sens ultime, voire eschatologique, c'est-à-dire dans l'ordre des fins dernières, quand il y aura rencontre entre le bien commun et le Souverain Bien.

D'ici là, le bien commun demeurera, pour la société, quelque chose qui n'est jamais donné une fois pour toutes dans sa perfection. On peut y tendre toujours plus, on peut s'en rapprocher davantage, mais il reste une quête perpétuelle pour l'autorité dont il constitue le principe d'animation dans son existence.

II. — L'AUTORITÉ DANS SON EXISTENCE

L'autorité relève du domaine de l'action. Elle n'existe pas «en soi» ; il faut qu'elle se concrétise et se manifeste en actes. L'autorité doit être opérationnelle. C'est ici qu'elle rencontre le pouvoir, voire la force qui est à son service. Comme l'a dit l'Aquinat, «*Duo exiguntur in regimine politiae. Unum est ratio recta ... aliud est potentia ut possit coercere et punire malos ...*» (32).

La question se situe, à présent, à deux niveaux : celui de la détention de l'autorité et celui du détenteur de l'autorité.

A - La détention de l'autorité

La détention de l'autorité entraîne automatiquement l'instauration d'une hiérarchie. Si avant d'accéder au pouvoir, son titulaire n'était que l'égal des autres, dès son investiture, il se retrouve dans une position de supériorité

(28) Ce bien commun s'apprécie toujours par rapport aux critères de la Justice et de l'ordre moral.

(29) Cf. Gaston Fessard «*Autorité et Bien Commun*», Aubier, 2e éd. 1969, p. 47.

(30) *ibid.* pp. 25 et suiv.

(31) *ibid.*, p. 28.

(32) Polit. III, leçon 9, cité par J. Delos, art. cit., p. 86.

par rapport aux autres. L'étymologie, ici encore, nous le montre : «*maître, majesté*» viennent du latin «*magister et majestas*» dont les racines sont les comparatifs de «*magis*» et «*majus*» (33). Bon gré, mal gré, le chef est toujours séparé du peuple : «*segregatus ut imperet*», «*séparé pour commander*». Dès lors qu'il y a hiérarchie, il y a subordination et, par voie de conséquence, inégalité car «*le pouvoir se distribue sur un modèle pyramidal*» (34).

L'inégalité entre les hommes est chose inévitable contre laquelle, paradoxalement, s'élèvent une quantité de penseurs. Pourtant, cette inégalité est inscrite dans la nature des choses : «*la relation de sociabilité la plus élémentaire implique une relation d'inégalité*» (35). Dans le rapport hiérarchique d'autorité, la subordination et l'inégalité de situation entraînent la dépendance, car l'homme (contrairement à ce qui se dit ou s'écrit) n'est pas indépendant, du moins pas dans le sens où on l'entend généralement. Seuls le sauvage ou l'ermite peuvent être indépendants des autres, et encore ne le sont-ils pas de la nature ni de ses lois. L'homme en société est naturellement inséré dans un tissu où il est tributaire des autres et soumis à l'autorité sociale.

En outre, les collisions entre les différents droits individuels produisent inmanquablement des inégalités de droits. Cette dépendance et cette inégalité, l'homme ne peut faire autrement que de les accepter. Elles sont donc, en quelque sorte, naturelles, elles aussi. L'autorité qui les a engendrées n'en est pas moins conforme à la légitimité.

Celle-ci confère à l'autorité ses lettres de créances ; elle lui donne son «*nihil obstat*» : rien ne s'oppose à son exercice. Elle valide ses actes et sert de signe de référence valable aux individus.

Les notions de légalité et de légitimité sont très voisines sans pour autant se recouvrir entièrement. A la racine des deux, il y a néanmoins l'idée de loi : légitimité et légalité sont ce qui est conforme à la loi ; mais celle-ci peut être soit la loi écrite, la loi positive en fonction de laquelle s'apprécie plus facilement la légalité, soit la loi non écrite, la loi morale (36) à laquelle se rattache la légitimité qui déborde de l'ordre juridique positif. La légalité se situe dans le cadre d'un certain formalisme, la légitimité en appelle à une norme supérieure et transcende la légalité comme l'éthique transcende le juridique.

(33) Cf. G. Fessard, op. cit., p. 18.

(34) Jean Baechler, «*Le pouvoir pur*», Calmann-Levy, 1978, p. 11.

(35) R. Polin, op. cit., p. 213.

(36) Ces lois écrites peuvent aussi bien être plus simplement les traditions nationales.

En effet, le moral et le légal sont loin de toujours coïncider. Une disposition légale peut être tout à fait injuste et donc illégitime. Ces distinctions ne sont pas purement théoriques mais s'avèrent d'une utilité primordiale et vitale dans des situations dramatiques telles que celles de l'Allemagne nazie ou des pays communistes depuis 1945 (37).

Cette légitimité peut s'apprécier de différents points de vue, selon les opinions, sommairement résumés ici. Est considérée comme légitime :

- ou bien l'autorité qui agit en conformité avec la loi, qui ne déborde pas de son domaine de compétences, non seulement celles qui lui sont fixées par les textes juridiques, mais aussi celles qui lui sont délimitées par le respect dû aux autres autorités instituées à un niveau supérieur et inférieur. Dans ce cas, légalité égale légitimité. C'est la conception froidement et strictement positiviste.

- ou bien l'autorité qui existe de fait et qui agit efficacement, quelles que soient son origine (légale ou illégale), son idéologie (louable ou condamnable), sa moralité (bonne ou mauvaise). C'est la conception de la «*Realpolitik*», politique des réalités, celle du fait accompli qui joue principalement dans les relations inter-étatiques où on reconnaît les États sans juger leur régime politique.

- ou bien encore l'autorité qui soit conserve la confiance du peuple, quelle que soit son origine, légale ou illégale, soit est l'émanation de la volonté populaire. C'est la conception du droit romain, conduisant à la théorie de la souveraineté du peuple.

- ou bien enfin, l'autorité qui reconnaît procéder directement ou indirectement de Dieu. Telle est la conception paulinienne de l'«*omnis potestas a Deo*» de Saint-Grégoire le Grand (VI^e siècle) pour qui, bonne ou mauvaise, l'autorité vient de Dieu car l'usage qu'en fait son détenteur n'a pas d'influence sur les titres de la détention. Cette théorie se combine avec celle qui estime légitime l'autorité qui agit avec justice, c'est-à-dire celle dont les actes répondent aux trois critères cumulatifs de nécessité (acte imposé par la situation), de possibilité (acte réalisable dans cette situation) et d'adéquation (acte adapté à cette situation). C'est la conception aristotélicienne de la distinction entre les bons et les mauvais gouvernements, reprise et perfectionnée par Saint Thomas d'Aquin.

Ces différents critères de légitimité intrinsèque ou extrinsèque ne sont d'ailleurs pas tous exclusifs les uns des autres. Dans les cas précités, le critère de légitimité est un critère de valeur : valeur juridique ou valeur morale. Seul celui de la réalité et de l'efficacité n'est pas en soi une valeur, mais il conduit à un jugement de valeur portant précisément sur la légitimité. Si l'efficacité ne saurait être privilégiée (car cela reviendrait à établir le droit sur la force), elle a aussi son importance dans la mesure où une autorité non efficace perd sa raison d'être et n'existe plus. Par exemple, la légitimité reconnue à un

(37) Cf. Paul Bastid et alli «*L'idée de légitimité*», Annales de Philosophie politique n. 7, P.U.F. 1967.

gouvernement en exil n'est valable qu'autant qu'on lui accorde des chances de reconquérir le pouvoir ; une fois tout espoir raisonnable perdu, sa légitimité ne relèvera plus que de l'ordre historique. C'est dire que la durée constitue un élément non négligeable, bien que non décisif à lui seul, dans le jugement de légitimité.

La conception aristotélicienne et thomiste de l'autorité paraît être la seule qui soit décisive, car la justice est la qualité majeure d'une autorité sociale et de toute vie en société. De la sorte, l'autorité est tout entière soumise dans son exercice à la loi morale et conduit à relier éthique et politique, pour le plus grand avantage des gouvernants et des gouvernés.

Toutefois, dans un monde qui a remis en question, souvent pour s'en débarrasser, toutes les valeurs absolues et toutes ses certitudes, cette conception paraît bien souvent impraticable.

Car la pensée dominante contemporaine nourrie de nominalisme, d'individualisme et de libéralisme n'admet plus de valeurs irréformables, universelles et éternelles, mais seulement des valeurs (mais dans ce cas, le sont-elles encore ?) provisoires, relatives et conjoncturelles.

Dès lors, *« la valeur de légitimité n'est jamais que l'expression d'une opinion, l'opinion des citoyens (...) C'est pourquoi la légitimité des modernes ne peut pas ne pas se fonder, en fin de compte, sur la souveraineté de l'opinion populaire... Le mythe du peuple souverain est, de nos jours, le seul qui puisse, à la fois, assurer à un régime donné les conditions d'une existence efficace, la reconnaissance de sa légitimité extérieure et rassembler, sinon sans équivoque, du moins sans contradictions destructrices, une multiplicité d'idéologies justificatives »* (38). Il s'agit là, non pas d'une appréciation ni d'une satisfaction, mais simplement d'une constatation. Car cette légitimité qui dépend d'un mythe (fût-il celui du peuple souverain) n'a rien de satisfaisant pour l'esprit, ni de justifiant pour l'action ; elle comporte, en effet, une forte charge idéologique. On doit se rappeler qu'en France la notion de légitimité remonte à l'Ancien Régime auquel elle reste liée dans les mentalités, bien que, depuis 1789, c'est le peuple qui en soit devenu titulaire et qui l'exerce par la voie électorale. Toutefois, au concept de légitimité monarchique s'est substituée à la fin du XIXe siècle celle de « légalité républicaine », la légalité étant ce qui est conforme à la loi positive, expression de la volonté générale du peuple, source et critère absolu de légitimité... Cette légalité est républicaine car la loi s'apprécie et s'interprète selon les seuls principes de la République. Celle-ci, très contestée pendant les premières décennies de son instauration, trouvera sa légitimité dans la Grande Guerre qui a scellé l'unité nationale face à l'ennemi héréditaire de la Patrie. Mais la IIe guerre mondiale a révélé une crise majeure de légitimité entre la République, le Régime de Vichy et la France Libre. La situation de l'époque fut bien décrite par l'écrivain Simone Weil :

(38) R. Polin, op. cit., pp. 253 - 254.

«Pourquoi se mentir à soi-même ? En 1939, avant la guerre, sous le régime des décrets-lois, il n'y avait déjà plus de «légitimité républicaine». Elle était partie comme la jeunesse de Villon «qui son partement m'a celé», sans bruit, sans prévenir qu'elle partait, et sans que personne ait fait un geste, dit un mot pour la retenir. Quant au «sentiment de légitimité», il était tout à fait mort. (...)

«D'autre part, la Constitution de 1875 ne peut plus être un fondement de «légitimité» après avoir sombré en 1940 dans l'indifférence ou même le mépris général, après avoir été abandonnée par le peuple de France. Car le peuple de France l'a abandonnée. Ni les groupes de résistance, ni les Français de Londres n'y peuvent rien. Si une ombre de regret a été exprimée, ce ne fut pas par une portion du peuple, mais par les parlementaires, chez qui la profession maintenait vivant un intérêt pour les institutions républicaines mort partout ailleurs. (...)

«Il est néanmoins certain que dans la mesure où les choses de Vichy disparaîtront, dans la mesure où des institutions révolutionnaires, peut-être communistes, ne surgiront pas, il y aura un retour des structures de la IIIe République. Mais cela simplement parce qu'il y aura un vide et qu'il faudra quelque chose. C'est là de la «nécessité» non de la «légitimité» (...)

«Étant donné qu'en fait il y a eu rupture de continuité dans notre histoire, la légitimité ne peut plus avoir un caractère historique, elle doit procéder de la source éternelle de toute légitimité. Il faut que les hommes qui se proposeront au pays pour le gouverner reconnaissent publiquement certaines obligations répondant aux aspirations essentielles du peuple, éternellement inscrites au fond des âmes ; il faut que le peuple ait confiance dans leur parole et dans leur capacité et reçoive le moyen de le témoigner ; et il faut que le peuple sente qu'en les acceptant il s'engage à leur obéir. (...)

«Si on ne sait pas insuffler au peuple de France une semblable inspiration, il aura le choix seulement entre le désordre et l'idolâtrie. L'idolâtrie peut prendre la forme communiste, c'est ce qui se produirait probablement. Elle peut prendre la forme nationale. (...) Autrement dit, en langage moderne, l'absence d'une inspiration pure ne laisserait au peuple français d'autres possibilités que le désordre, le communisme ou le fascisme» (39).

Plus tard, le Général de Gaulle parlera, dans le célèbre discours de Bayeux du 16 juin 1946, de la «*légitimité nationale*» fondée sur «*l'intérêt supérieur du pays*» et «*l'adhésion confiante des citoyens*».

On voit ainsi d'une part qu'il est indéniable que la volonté populaire tient un rôle important dans l'idée même d'autorité légitime qui est constituée pour le peuple et ne saurait donc se passer de son consentement, d'autre part que l'accord populaire ne saurait assurer à lui seul la légitimité d'une autorité

(39) Simone Weil «*L'enracinement*», pp. 155 - 157.

qui est aussi soumise à la loi morale et à la justice dont dépend le bien commun. On est, de la sorte, conduit à s'interroger sur le détenteur de l'autorité.

B - Le détenteur de l'autorité

Toute société réclame une autorité. Toute autorité doit passer à l'acte pour ne pas rester un concept abstrait. L'autorité accède à l'existence par son incarnation dans une personne (morale ou physique, selon les cas). Se pose alors le problème de la désignation du détenteur de l'autorité. Car si l'autorité est bien inscrite dans les lois de la nature, celle-ci n'a pas indiqué la personne à qui confier cette autorité dans la société. Seuls les parents ont été explicitement désignés pour exercer l'autorité sur leurs enfants. Il faut donc un fait positif pour déterminer la personne physique ou morale qui va être investie de l'autorité politique.

Dans le passé, le choix du chef résultait d'un rapport de force : le vainqueur de la bataille, le plus fort physiquement ou le plus intrigant, d'où le célèbre adage *«le premier qui fut Roi, fut un soldat heureux»*. Par la suite, ces formes de gouvernement personnel ont été quasiment divinisées pour pouvoir être pérennisées : d'où la théorie de la prétendue élection divine d'une lignée dynastique.

Avec l'idéologie démocratique, la théorie de l'élection fut maintenue mais, de divine, elle devint populaire, en se fondant sur le raisonnement suivant : puisque la nature ne choisit pas parmi les hommes ceux qui doivent exercer l'autorité, c'est donc que tous l'exercent ; mais, comme cela est impossible, ils en délèguent certains d'entre eux à cet effet.

Cependant, cette explication est, pour une grande partie, un sophisme, car elle repose sur une contradiction fondamentale et sur une confusion qui l'est tout autant :

- affirmer à la fois que tous les hommes ont l'autorité mais qu'ils ne peuvent l'exercer, c'est dire que les lois de la nature sont impossibles, ce qui est absurde. Avec le même raisonnement, on pourrait dire, par exemple, que la nature impose à l'homme de travailler et de se reposer ; mais, comme elle n'a pas fixé de jour pour cela, tous les jours doivent être consacrés au travail et repos ! De même, pourrait-on soutenir que la nature a donné à l'homme les biens de la terre, mais n'ayant pas dit à qui devaient appartenir les différents lopins de terre de par le monde, elle n'en a donné la propriété à aucun pour la donner à tous ; car si tout est à tous, rien n'est à personne, personne n'a le droit de posséder, donc ni d'user, ni d'abuser. Les fruits de la terre sont à tous, donc à personne, donc personne n'a le droit de s'en nourri...

- la confusion vient d'un équivoque contenue dans le sophisme précédemment énoncé ; car il ne sait pas distinguer entre la puissance et l'acte. En effet, il ne faut pas dire : «Tous ont l'autorité mais certains l'exercent», ni même «tous peuvent avoir l'autorité donc tous l'ont». Il faudrait plutôt dire : «tous peuvent exercer l'autorité, mais seulement certains l'exercent».

«Tous» doit être entendu ici non pas collectivement (ensemble) mais distributivement (chacun). Chacun a la puissance d'exercer l'autorité, mais celle-ci ne devient effective et actuelle que dans les mains de quelques uns. De même, chaque étudiant de 1ère année de Droit a la puissance de devenir docteur en Droit, mais seulement quelques uns le seront.

Cette puissance de chacun est une potentialité ; chacun a vocation à exercer l'autorité mais il ne sera pas donné à chacun de l'exercer, car une autorité qui n'aurait aucun moyen de s'exercer ne signifierait rien.

Ceci est une évidence qui, pour apparaître très simple, n'en remet pas moins en cause plus d'une idée reçue de la pensée démocratique moderne, notamment celle de la souveraineté du peuple.

Jacques Maritain a démontré combien ce concept était *«intrinsèquement illusoire»* (40). Le philosophe a relevé l'inadéquation du terme «souveraineté» aux pouvoirs du Roi, de l'État ou du peuple. Car il implique le pouvoir absolu, la liberté absolue et l'irresponsabilité absolue : la souveraineté c'est l'absolutisme et le totalitarisme (41). Or, on sait que le Roi était responsable devant Dieu, l'État l'est devant le Peuple et le peuple, devant lui-même ; chacun paie toujours sa propre erreur... Il ne faudrait donc pas parler, selon Maritain, de souveraineté royale, étatique ou populaire, mais seulement de *«pleine autorité»* ou de *«droit de décision sans appel»*. La souveraineté n'est pas de l'ordre de la nature créée mais de la transcendance incréée.

Maritain n'en pense pas moins que l'autorité *«dérive du peuple, mais a sa source et son fondement immédiat dans l'Auteur de la nature. L'autorité dérive de la volonté ou du consensus du peuple et de son droit fondamental à se gouverner lui-même»* (42). Pour lui, le peuple a le droit inhérent (et pas seulement passager et transitoire) à se gouverner lui-même et à l'autorité ; mais il reproche à Rousseau d'avoir fait *«d'un peuple mythique –le peuple comme sujet monadique de l'indivisible Volonté générale– une Personne souveraine séparée du peuple réel (la multitude) et le gouvernant d'en haut (...) en conséquence puisqu'une fiction de l'imagination ne peut pas réellement gouverner, c'est à l'État (...) que la Souveraineté (...) devait être transférée en fait»* (43). Selon J. Maritain, le pouvoir démocratique repose sur le concept fondamental de représentation ou de «vicariance», suivant en cela Saint Thomas d'Aquin qui voit dans le Prince *«le Vicaire de la multitude : vicem gerens multitudinis»* (44). A cet égard, J. Maritain doit faire la distinction entre la possession et l'exercice de l'autorité qui n'est pas comme un bien matériel qu'on perd dès

(40) op. cit., p. 27.

(41) op. cit., pp. 43 et 46.

(42) op. cit., p. 118.

(43) op. cit., p. 120.

(44) *«Summa theologica»*, Ia, IIae, 90, 3.

lors qu'on le donne, mais qui, étant une réalité morale, peut se déléguer. Car, si le philosophe considère que le peuple est le porteur de l'autorité, il est bien obligé de constater qu'il en est aussi le porteur impuissant.

En foi de quoi, l'élection ne confie pas une autorité déjà inscrite dans la nature, mais ne fait qu'en désigner nommément le détenteur. Elle permet de faire passer l'autorité de la puissance-potentialité à l'acte, dans la mesure où elle lui donne un titulaire pour l'assumer, l'exprimer et l'actualiser. Mais, dans ce cas, l'élection constitue-t-elle vraiment un transfert de propriété de l'autorité car on ne peut donner ce qui n'existe qu'à l'état potentiel ? L'autorité est tout entière dans son titulaire ; il en est «propriétaire» puisqu'elle est le propre de son détenteur.

De même que le slogan «*la terre est à tous*» doit plutôt s'énoncer «*la terre est pour tous*», de même devrait-on dire que l'autorité n'est pas à tous mais pour tous. A la destination universelle des biens, correspond, dans son ordre, la destination universelle de l'autorité.

D'ailleurs, l'élection, en tant que choix personnel, ne constitue pas toujours le seul mode d'accès au commandement, même de nos jours. Il y a des cas où le bien commun se passe du consentement exprès du corps politique. Il peut arriver, en effet, que le salut de tout un peuple dépende de son obéissance à un homme déterminé qui a reçu l'autorité non en vertu du suffrage universel, mais en vertu de l'ordre universel. Tel est le cas de l'homme dit «providentiel», celui qui, dans des circonstances données, se trouve être, parfois malgré lui, le chef en qui la plupart se reconnaissent ou qui paraît le seul capable de dominer la situation à l'avantage du corps social : c'est le «*chef charismatique*» de Max Weber ou le «*chef sociométrique*» de J. L. Moréno : «*leader spontané sorte de prophète, doté d'une intuition sociométrique profonde, capable de saisir le sens d'une révolte latente et de formuler clairement des opinions et un programme d'action dans lesquels tous se reconnaissent*» (45).

L'histoire fourmille de ces exemples, qu'il s'agisse de grands fondateurs d'États ou de dynasties, de libérateurs de territoires ou de héros militaires. L'exemple le plus récent chez nous étant le Général de Gaulle qui permit la présence de la France dans le camp vainqueur et invoqua, maintes fois, par la suite sa légitimité personnelle qui lui venait de l'Histoire.

C'est donc pour son propre bien que le corps politique a pu accepter, à un certain moment de son histoire, l'autorité de quelqu'un qu'il n'avait pas initialement choisi. Le repousser, en l'absence de solution de rechange, eut été commettre un acte suicidaire.

On pourrait aller plus loin en soutenant le même devoir d'obéissance, *dans certains cas* envers un usurpateur (ex. Napoléon Ier ou Napoléon III). Car il faut distinguer entre le droit moral de gouverner, qui n'appartient qu'au

(45) R. Mucchielli, op. cit., pp. 49 - 50.

chef légitime et non à l'usurpateur, avec le fait de gouverner avec justice pour le bien commun qui est aussi possible à l'usurpateur et donc le droit, pour lui, de se faire obéir.

On pourrait objecter qu'il s'agit, en l'occurrence d'un «droit créé par un délit», donc moralement condamnable car son observation entraînerait une complicité du corps politique. En réalité, l'obéissance du peuple aux ordres justes (et uniquement à ceux-ci) de l'usurpateur a, pour finalité première, le bien de la société ; c'est donc moins un droit né d'un délit qu'un devoir né d'un délit, devoir né de l'intérêt supérieur de la société.

Il n'est d'ailleurs pas rare que d'un délit naissent indirectement des devoirs : du délit d'adultère naissent le droit et le devoir d'éduquer les enfants qui en sont issus ; du délit d'acquisition frauduleuse d'un bien, naît quand même le devoir d'en prendre soin.

Toutefois, le devoir d'obéissance n'est pas illimité ; il s'arrête là où le détenteur de l'autorité outrepassé son rôle et ses propres droits. Car le devoir d'obéissance civile, qui est un devoir moral (qui oblige en conscience) est ordonné, tout comme l'autorité, au bien commun. On n'obéit pas pour faire plaisir au détenteur de l'autorité, ni par peur de l'autorité, ni même par simple respect de l'autorité, mais pour l'ordre et le bien de la société.

Une obéissance à l'autorité qui se confondrait avec la docilité aveugle ou la soumission inconditionnelle deviendrait un acte purement mécanique. Or, elle doit être un acte de l'intelligence libre et raisonnable. Elle n'est pas une fin en soi, mais ordonnée au bien commun.

Dès lors que le détenteur de l'autorité agit de manière manifestement injuste en portant atteinte aux droits fondamentaux et sacrés des personnes, il perd son titre et la désobéissance (voire, dans certains cas, la résistance) s'impose. Celle-ci devra naturellement être proportionnée à l'acte répréhensible de l'autorité. Cette proportionnalité visera tant l'ampleur de la résistance (partielle ou totale) que l'initiateur ou l'auteur de la résistance (institutions publiques de contrôle ou citoyens).

Selon Saint Thomas, le renversement d'un régime tyrannique n'a point le caractère d'une sédition, puisque c'est le tyran qui est lui-même séditieux, à moins que l'opération n'engendre un désordre plus nuisible que la tyrannie elle-même (46). Mais le même Saint Thomas a précisé aussi que, si la tyrannie n'est pas excessive, il est plus utile de la tolérer pour un temps («*ad tempus*») que de courir, en agissant contre elle, de nombreux risques encore plus graves que la tyrannie elle-même (47).

(46) IIa, IIae, p. 43 ; «*De regimine principum*» I, 6.

(47) «*De regimine principum*» VI.

Dans nos sociétés modernes fondées sur l'État de droit, qui a constitué un progrès incontestable dans les relations sociales, le pouvoir s'exerce normalement par l'autorité des lois et par mandat du peuple, et non pas simplement par l'autorité d'une personne ou d'une famille (ce qui n'empêche cependant pas ces deux éléments de se conjuguer dans certains régimes). Si, en effet, on peut parfois faire l'économie de l'élection, on ne peut jamais faire celle de consensus ; à tel point que les monarchies ont toujours su se badigeonner plus ou moins de démocratie.

Le peuple reste le point focal de l'exercice de l'autorité qui existe pour lui dans le service du bien commun. Celui-ci ne se réduit pas à l'ordre dans la rue et n'est pas seulement le bien commun du présent, il est aussi le bien commun de l'avenir.

Selon qu'on aura une conception saine ou déviée de l'autorité, le peuple en retirera un plus grand bien ou les pires maux. A l'heure actuelle, l'autorité paraît bien souvent en congé, à la retraite ou inhibée. Aussi, n'est-on pas surpris de voir que tout vide d'autorité est rempli par des forces subversives, perturbatrices de la paix sociale et dont le peuple apparaît comme la principale victime. Dans son intérêt, il serait opportun et urgent que l'esprit de démission ou de domination fasse place à l'esprit de service en renouant avec les principes éternels de droit naturel.

Mais, quand on évoque la loi naturelle, encore faut-il se souvenir qu'elle a un Auteur. C'est là que se trouve, en fin de compte, la source de toute autorité.

Conférences données au
Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit de Rennes

(*)

— I —

RÉFLEXIONS INTRODUCTIVES SUR LE PROCÈS

Par M. BASTIT

Assistant à la Faculté de Droit de Rennes

Il me semble que la philosophie du droit doit essayer de découvrir un point de départ, une expérience juridique fondamentale à partir de laquelle elle peut s'interroger sur le droit. La philosophie connaît bien ce type de démarche : expérience de la génération et de la corruption dans la philosophie de l' d'Aristote, ou bien du rêve et de l'éveil, du savoir et de l'ignorance pour sa philosophie de l'acte.

Or une telle expérience prise comme point de départ d'une recherche philosophique doit présenter certaines caractéristiques. La première à laquelle cette expérience originelle doit répondre, c'est d'être totale. Si cette condition n'est pas remplie, on élimine arbitrairement dès le départ l'un des aspects de la réalité que l'on ne pourra plus ensuite réintégrer dans l'analyse.

D'une part le procès me semble répondre à cette exigence d'une expérience globale et d'autre part, la plupart des grandes réflexions modernes sur le droit me semblent le négliger et finalement le réduire à un autre élément.

Le procès semble en effet être le lieu de rencontre de la plupart des éléments du phénomène juridique. Il suffit de décomposer le résultat de l'activité judiciaire, le jugement, pour s'en apercevoir : si nous lisons un jugement ou un arrêt, nous trouvons d'abord quelques références à des textes législatifs, puis une explication des faits, ensuite vient une opération intellectuelle, qui peut s'appuyer sur de la doctrine ou sur une jurisprudence antérieure, enfin une décision adoptée à l'affaire jugée. Sont ainsi mêlés la loi, les faits, le raisonnement, la doctrine, la jurisprudence. On peut se demander si la philosophie du droit ne consiste pas d'une certaine façon à découvrir un ordre entre ces éléments qui se croisent dans le procès.

S'il en est ainsi, il semble que la philosophie du droit, au moins moderne, faillit largement à sa tâche. La plupart des grandes traditions modernes de la philosophie du droit néglige le procès et le vide de ce qu'il est au profit de l'un des éléments rencontrés. L'école du droit naturel moderne aussi bien que le positivisme légaliste (qui du reste communient en une même origine idéaliste) feront de la loi le thème principal de leur réflexion et y subordonneront le procès. A l'inverse, le sociologisme privilégiera les faits à l'exclusion de la loi, et tiendra peut-être compte du procès mais comme le lieu de la revanche

(*) Nous tenons à remercier le Centre rennais de nous avoir confié le texte de ces conférences que nous sommes heureux de publier.

des faits bruts sur la loi (Holmes, Carbonnier ...). Le raisonnement sera au centre de la réflexion de certains courants du droit de la nature et des gens. La décision sera seule retenue par le volontarisme. Il faudrait nuancer en montrant qu'il y a des passages d'une position à l'autre : ainsi le sociologisme de Durkheim finit en idolâtrie de la règle et le jusnaturalisme idéaliste de Kant se termine en acceptation de l'état de fait. Ces passages s'expliquent très vraisemblablement par un positivisme philosophique commun puisé dans la théologie nominaliste du Moyen-Age.

Le procès est-il donc à l'origine et au terme du droit, et par conséquent, d'une certaine façon, au principe et à la fin d'une philosophie du droit respectueuse de son objet ?

De cette question découle toutes celles que nous aurons à examiner cette année. Mais je voudrais faire une dernière remarque de méthode avant d'aborder notre sujet et cela pour bien clarifier la perspective dans laquelle nous aurons à réfléchir. Il ne s'agit en aucun cas ici de décrire le procès en fonction d'un droit particulier ni même d'une théorie générale du droit. Notre interrogation ne relève pas du comment ($\pi \tilde{\sigma} /$) et on ne peut y répondre en peignant un état de fait, elle vise l'être, ce qu'est le procès ($\tau \leftarrow \xi \sigma \tau \iota$) au-delà de toute détermination contingente. Le contingent, s'il est parfois invoqué, ne l'est qu'à titre de révélateur de ce qui est. Notre démarche sera philosophique dans la mesure où elle sera fidèle à cette perspective.

Une telle démarche est l'inverse de celle des philosophies modernes qui regardent le comment et l'origine et sont ainsi amenées à envisager d'abord le procès, acte particulier comme le produit d'un ensemble plus vaste le droit, identifié lui-même avec la loi écrite.

Pour notre part, au contraire, nous essaierons de nous interroger d'abord sur le procès en lui-même —ad intra, diraient les théologiens, pour n'envisager que dans un second temps la relation du procès avec la loi ou le droit— le procès *ad extra*, en quelque sorte.

I. — RECHERCHE DE CE QU'EST LE PROCES

Une telle recherche se heurte d'emblée à l'évolution de la pensée juridique moderne. En effet, l'évolution de celle-ci semble s'orienter nettement vers une progressive réduction sinon élimination du procès.

A l'origine de cette évolution, il y a l'individualisme et le subjectivisme qui conduisent à refuser le débat. Dans cette conception que nous connaissons bien, le procès ne serait que la mise en œuvre d'un droit subjectif rebaptisé action. On se souvient de la formule de Demolombe qui illustre bien cette pensée encore largement en vigueur même si elle trouve moins d'appui aujourd'hui dans les textes : l'action est le droit sur le pied de guerre. Mais on sait moins que cette théorie, dite faussement classique, est en réalité précisément datée et moderne. En effet, au XVIème siècle, notamment chez Donneau on observe un renversement radical dans la façon de concevoir et d'exposer l'ensemble du droit. Alors que jusque-là le droit est une relation objectivement

observable, il devient après Donneau, et sans doute sous l'influence nominaliste, le pouvoir d'un individu sur une chose. Dès lors le droit devient un système relatif à l'individu. Celui-ci est à l'origine et tient une chose en son pouvoir. Le droit subjectif de propriété est le modèle. Il s'ensuit que le procès devient un moyen de revendiquer la chose, la poursuite sur le mode conflictuel du droit sur la chose. Toutes les notions fondamentales de la procédure telles que cause, objet, ... deviennent unilatérales. Avec quelques modifications internes dues à sa logique d'éclatement, cette conception s'est maintenue jusque, et y compris, au Nouveau Code de Procédure Civile. Si l'on tente une analyse plus philosophique de cette idée, on s'aperçoit que l'individu sujet cherche à imposer à autrui son point de vue. Le procès est ainsi conçu à partir de l'efficacité matérielle, de même que l'individu dans la propriété domine sa chose, il est le moteur du procès qui lui permet d'obtenir la chose revendiquée. Soumis à ce droit subjectif qui met en œuvre l'action, l'objet (devenu lui aussi relatif à une des parties) est dépouillé de toute qualité ; sa causalité est censée être nulle, il n'est qu'une chose isolée, passive. Telle est par exemple la conception de l'objet de Motulsky, reçue par le Nouveau Code de Procédure.

On en arrive ainsi à la progressive dissolution du débat judiciaire, conséquence de la suppression de ses conditions ontologiques. Les récentes discussions autour des principes directeurs du progrès et de l'office du juge sont la manifestation pratique et l'aboutissement de ce long processus qui conduit du subjectivisme au positivisme.

La première condition nécessaire à un dialogue consiste en ce qu'il y ait dans le conflit la possibilité de découverte d'un point de vue situé au-delà des divergences. Ceci implique que le conflit ne soit pas fixe, entièrement déterminé, sans quoi le heurt des prétentions est insoluble, si chacun a droit à ce qu'il réclame, le procès n'a pas de sens. Il n'en a que si la chose litigieuse supporte des points de vue différents, si elle peut devenir, si il existe en elle du possible avec lequel on pourra déterminer un nouvel équilibre. Alors la chose ne serait plus unilatérale, elle ne serait plus le fondement d'une vérité déjà déterminée, mais la source et le fondement d'un nouveau partage à découvrir. Le lien d'instance ne manifeste-t-il pas cette capacité de maintenir une relation entre les parties au-delà de leurs intérêts divergents ?

Le possible, l'indéterminé, introduit ainsi une ouverture vers l'autre dans l'objet construit par les subjectivités. Ce qui n'est pas encore partagé est commun. Cependant cette explication par l'indéterminé qui est peut-être ultime d'un point de vue de régression vers l'origine, ne peut être pleinement explicative dans l'ordre de la réalité. Il faut en effet se demander pourquoi cet indéterminé serait source de droit, de juste partage, n'est-il pas plutôt comme tel source du conflit ; c'est bien ce qui n'est pas partagé qui est revendiqué par chacune des parties. Nous aurons tout à l'heure l'occasion d'essayer de répondre à ces nouvelles questions.

Auparavant il nous faut encore souligner que l'éclatement du débat judiciaire n'atteint pas seulement les relations entre les parties mais touche aussi les rapports entre le juge et les plaideurs.

Quant au juge, on a, dans les plus récents développements de la doctrine, critiqué sa passivité sans peut-être l'analyser et saisir les raisons profondes de cette passivité. Les remèdes proposés par le Nouveau Code de Procédure restent au fond dans la même logique.

Le juge est, dit-on, doublement passif. Il l'est en premier lieu par rapport à la loi qu'il a pour seule fonction d'appliquer, il est selon la célèbre formule de Montesquieu «*comme nul*». Il reste enfermé dans les déductions qu'il peut bien tirer du texte de loi. Il est censé appliquer la loi sans rechercher au-delà une raison qui pourrait le mettre en activité. C'est pourquoi il est également passif à l'égard du déroulement de l'instance. Il n'y a pas dans le fait soi-disant brut qui lui est soumis d'appel à une activité judiciaire. Les faits sont en eux-mêmes sans valeur, ils n'ont aucune consistance ontologique ; on peut leur appliquer la loi, comme le sculpteur impose sa figure à la pierre.

Pour réagir contre cette situation, le Nouveau Code de Procédure met à la disposition du magistrat de nouveaux moyens d'investigation. Malheureusement on ne voit pas où réside le remède. Les faits scientifiquement connus par toute sorte d'enquêtes ou d'expertises imposeraient au juge et aux parties leur vérité définitive. Une fois de plus le débat est écarté. A une passivité devant la loi succède une passivité devant les faits ; à un positivisme légaliste succède un positivisme sociologique.

Quoiqu'il en soit de la répartition exacte des rôles, on aboutit à une conception parfaitement dichotomique du procès : les parties fournissent le fait, le juge dit le droit (cf. Motulsky). Il n'existe aucune unité de l'un à l'autre. Le procès a éclaté, il n'a plus de cause qui lui donne un être propre, aussi peut-on avantageusement supprimer cette notion métaphysique encombrante.

Le juge élaborera une solution scientifiquement certaine grâce à ses déductions logiques ou à ses expertises. Les parties, devenues à leur tour passives, après avoir fourni le fait, attendront que l'oracle soit rendu, au nom de la vérité. Au juge le domaine de l'esprit, aux parties la matière ; on est devant une séparation quasi cartésienne entre matière et forme, certains cherchant aussitôt un tertium quid, un mixte, l'équivalent de la glande cérébo-spinale, qui serait peut-être la cause définie par M. Hébraud : «Un complexe de fait et de droit».

Pour sortir de cette séparation, il faudrait découvrir une réalité qui tout en demeurant une puisse être à la fois sous un certain aspect, droit et sous un autre, fait. Ne s'agirait-il pas d'une relation réelle et par là même dynamique entre les plaideurs ?

Il faut en effet bien considérer que la conception prétendument classique ou sa réforme récente ne rendent pas compte de la réalité du procès.

Il est inexact de dire que les parties ne fournissant au juge que du fait ou que leur action, n'est que la défense d'un intérêt. Les difficultés insolubles qui naissent de cette conception ont été nettement soulignées par la thèse de M. Minguet qui note à propos de toutes les notions d'objet, de cause, un passage insensible du fait au droit. (L. G. D. J., 1967, p. 51 à 67). Il faut, en

effet, qu'elles aient droit à cet intérêt revendiqué, question qu'elles posent au juge et que celui-ci a pour mission de trancher. Le fait qu'elles invoquent à une portée juridique, ne doit-il pas être «juridiquement relevant». De ce fait résulte un dû (débitum) qui explique et cause la demande. L'exemple de la responsabilité délictuelle est à cet égard particulièrement frappant, mais il peut être étendu à l'ensemble du phénomène juridique. S'il en était autrement, ou bien l'intérêt et le droit s'identifient et le procès est inutile, on ne peut que demeurer dans la lutte, ou bien le fait et le droit s'ignorent et l'on ne voit vraiment pas en vue de quoi les parties apporteraient des faits au juge s'ils ne contenaient quelque conséquences juridique.

En réalité, c'est parce qu'existe un rapport avec la partie adverse, pré-existant au procès et plus profond que le conflit, de l'équilibre duquel découle ou non créance ou dette que le juge peut trancher. Il découvre dans ces faits un équilibre, un partage à établir. Il se fonde en sa décision sur cette coloration juridique (juste) du fait. Ce double caractère, de fait et de droit, subsistant dans l'unité analogique de la relation des parties explique à la fois d'une part ce en vue de quoi les parties agissent et ce que le juge y découvre —du droit, d'autre part ce sur quoi les parties et le juge se fondent— du fait.

Ainsi la partie invoque un rapport qui par sa nature même prend en compte la présence d'autrui et y trouve sa source et sa fin. Elle se réfère à une réalité qui dépasse son intérêt, qui est commune. Le juge se tient alors en retrait, en observateur de cette relation. Le rejet de la conception unilatérale et dichotomique du procès ainsi que les exigences de la réalité judiciaire conduisent alors à retrouver une notion très ancienne, mais très déformée au cours de l'évolution de la pensée juridique ; la cause, cause non plus simplement de la demande d'une partie, mais cause du procès tout entier avec lequel elle s'identifie largement.

Pour la retrouver, j'emprunterai la plupart de mes idées à la thèse non encore publiée de M. Yann Patrick Thomas sur la notion de cause en droit romain. L'un des intérêts de cet ouvrage est d'abord de nous montrer que la cause romaine n'est pas limitée au domaine des actes juridiques, elle étend ses résonances harmoniques à l'ensemble du droit et spécialement au domaine processuel. En effet, nous montre Yann Thomas, les relations juridiques romaines sont constituées par des réalités objectives : les res (ou negotia). En raison de sa nature, la res contient une possibilité de controverses, de contentieux. Possibilité qui se situe du côté de l'indéterminé, du fondement. Lorsque cette possibilité de contentieux se développe, on fait appel au magistrat. Pour traduire cette relation controversiale les juristes, sous l'influence de Cicéron, empruntent aux rhéteurs, à Hermagoras par exemple, la notion de «causa». La causa c'est la relation juridique en tant qu'elle est le lieu d'une discussion, une res dont on agit : «res de qua agitur».

La res n'est donc pas un morceau de matière figée, elle met en relation, en discussion, en raison de son caractère de contrariété, elle oppose des extrêmes. Nous sommes là très proches des remarques d'Huidigger dans sa

conférence sur «*Quest-ce qu'une chose ?*» où il rapproche, pour montrer le caractère de contrariété (non de contradictoire) de la chose le mot allemand «*Ding*» : chose et procès, comme l'anglais «*thing*», du latin *res*.

L'évolution étymologique latine va dans le même sens puisque l'on passe de «*res*», relation à *causa*, qui devient chose (italien : «*cosa*»).

Le grec confirme ce point de vue $\alpha\lambda\tau\lambda\alpha$ c'est à la fois la cause, avec toutes ses connotations philosophiques, mais aussi l'accusation, c'est-à-dire la mise en cause.

Or la cause du procès ainsi entendue présente des traits qui ont été perdus sous l'influence notamment du pandectisme allemand et de ses présupposés philosophiques Kantien. Une telle cause est tout d'abord cachée, elle n'est pas évidente, elle nécessite une recherche, qui aboutit plus ou moins ; c'est pourquoi la controverse a été possible et demeure encore et toujours possible. Elle ne sera découverte que partiellement et jamais comme une vérité scientifique. «*Si paret*» dit la formule romaine. La situation est toujours particulière, contingente, l'obscur et d'indéterminé demeurent. Mais en même temps, au sein même de cette obscurité il existe, expliquant son développement, une détermination invoquée par les parties, qui qualifient les faits : *c'est un contrat, une vente ...* Et le juge prendra sa décision en déterminant et en disant lui aussi *c'est ceci*. Sous cet angle, la situation est alors intelligible, elle nous concerne, elle parle au juge. Et je voudrais le dire en grec avec toutes les connotations $\lambda\acute{\epsilon}\gamma\epsilon\lambda\lambda\omicron\gamma\omicron\varsigma$. Il y a ainsi compréhension d'une qualité et d'une quissité juridique qui explique la solution adoptée. A cet égard, le juge se trouve dans une position semblable à celle de l'interprète de musique faisant sonner les notes d'une partition à la fois silencieuses mais néanmoins pleines de cette musique. Pour parler comme Pythagore, il nous fait peut-être entendre quelques notes de l'harmonie des sphères.

Puisque la cause est invoquée, elle préexiste, mais elle n'est pas, elle devient ce qu'elle est, elle se développe, elle est révélée, mis en acte (*agere*), sous la discussion (*actio*) des parties et la juris/diction du juge (*performatif* ?). Les parties sont tendues, attirées par cette solution juste explicative de leur action et justificatrice de l'objet auquel elles prétendent. Le juge regarde et recherche ce qui est juste et va justifier sa décision. Il est tout actif non d'une activité matérielle et scientifique mais en ce que son intelligence de juriste est illuminée par l'intelligibilité de ce juste qu'il découvre. Il y a donc saisie de l'intelligibilité d'un devenir, non pas en régressant vers l'origine, le fondement ou l'efficience mais en remontant vers le principe. La fin, une nouvelle fois, s'avère être cause des causes.

Si telle est bien la nature du procès, on conçoit qu'il soit une réalité consistante, un être, de relation certes, mais un être. On conçoit que ceci n'est pas sans répercussion sur l'articulation du procès et du droit.

II. — LE PROCES ET LE DROIT

Les grandes philosophies juridiques contemporaines et modernes ont beaucoup de difficultés à donner une place au procès par rapport au droit. Pour illustrer cette difficulté, je prendrai successivement les théories de Kelsen et de Hart qui sont assez caractéristiques. Il y aurait peut-être plus de place pour le procès dans certaines théories espagnoles ou latino-américaines, mais notre propos n'étant pas de parcourir des doctrines mais de réfléchir, je les laisserai de côté.

Chez Kelsen, le droit constitue un ensemble de normes étagées comme une pyramide. On passe d'un degré à l'autre par une logique de l'implication (stoïcienne) *si ceci . . . >* alors telle conséquence. Par rapport aux normes supérieures, le juge n'a aucun pouvoir, il se trouve au dernier échelon de la pyramide et va avoir pour fonction d'édicter une norme particulière destinée à s'appliquer au litige à lui soumis. Il édictera cette norme en la déduisant des normes supérieures. Le jugement est une norme secondaire résultant d'une déduction logiquement correcte de la norme supérieure. Ce mécanisme permet selon le langage de Kelsen de passer d'une norme primaire à une norme secondaire.

Chez Hart, à partir d'un autre point de vue, l'idée directrice malgré quelques nuances est identique. Cependant le lien entre le particulier et le général, entre le primaire et le secondaire n'a pas lieu à l'intérieur d'un ordre de contrainte. Les normes primaires et secondaires s'articulent à partir de l'idée d'obligation, c'est-à-dire selon lui de règles accompagnées de pression sociale et acceptées par les destinataires. Le sens du procès dans ce contexte consiste en ce que le juge reçoit de la règle primaire un pouvoir de résoudre d'autorité la question de savoir si en des cas particuliers la règle primaire s'applique. Aussi bien que le juge n'obéisse pas à un ordre, il est néanmoins un administrateur lorsque la règle primaire qu'il applique est précise. Par contre, lorsque la règle n'est pas précise, le juge devient une sorte de législateur mais avoue Hart, il s'agit alors d'une fiction.

L'origine lointaine de ces philosophies du droit se trouve, à mon avis, dans certains aspects de Platon, accentués par le néoplatonisme, par les stoïciens et leurs héritiers de l'École du droit naturel moderne. Toutes ces pensées se caractérisent d'une façon ou d'une autre par une identification de l'être et de la forme. On sait que ces courants n'ont pas été étrangers à la constitution de notre droit positif et notamment que l'École du droit naturel moderne a assez largement influencé la rédaction du Code Civil.

C'est ainsi que la théorie du juge nul a été adoptée par le législateur. En témoignait à l'origine la création du référé législatif. Malgré la suppression de ce système, l'interprétation des articles 4 et 5 du Code Civil conduit à soumettre le juge au législatif. Dès lors le juge n'a plus de rôle dans la formation du droit, identifié désormais à la loi. Aussi le Code de Procédure civile est-il détaché du Code Civil, alors qu'au moins depuis Gaius, et sans doute bien avant, le droit substantiel et la procédure s'alimentaient mutuellement. Toute l'évolu-

tion du droit romain s'était faite par la création d'actions nouvelles. Désormais le procédurier est voué au culte de la forme et des délais.

Il n'est plus possible aujourd'hui de soutenir cette conception du rôle du juge : des pans entiers de notre droit sont d'origine purement jurisprudentielle : le droit de la responsabilité civile, le droit administratif par exemple. Si nous nous tournons vers l'étranger, l'Angleterre et les U. S. A. nous offrent l'image de deux pays où le droit est pratiquement entièrement un produit du travail des magistrats, comme il l'était dans le droit classique de Rome.

On a donc essayé de rendre compte de ce phénomène aveuglant dans le cadre de la théorie classique en invoquant toutes sortes de fiction : le juge bénéficierait pour certains d'une sorte de délégation implicite, ou bien la jurisprudence créerait une coutume, ou bien encore l'acceptation tacite du législateur justifierait le juge. Ces solutions n'ont de valeur que celle qu'elles revendent : ce sont des fictions.

Les auteurs semblent aujourd'hui reconnaître que la jurisprudence est une source de droit (Ghestin) ou plutôt précise Carbonnier, encore réticent, une autorité. Mais ceci n'explique pas l'articulation de la jurisprudence avec les autres sources. Il faut pour cela reprendre la question, et à un autre niveau, celui de la philosophie.

Si comme nous venons d'essayer de le montrer, le procès est une relation spécifique où l'on recherche et découvre ce qui est juste. Il devient par là même le lieu principal de la formation du droit.

Le procès et le droit prendraient alors un caractère tout à fait particulier, il ne s'agirait plus d'appliquer une norme légale mais de dire en chaque cas ce qui est juste.

Or chaque cas est singulier et l'on peut se demander si le juge n'est pas alors livré à son caprice, un peu à la façon de l'école du droit libre. Il n'en est rien car cette recherche de ce qui est juste n'est pas le fait d'un caprice, elle se fonde à travers toutes les obscurités du contingent, sur la lecture de la nature intelligible d'une situation. Aussi le juge trouve-t-il dans cette recherche les raisons de sa décision, qu'il exprime dans ses motifs. Durant cette opération il passe de la situation particulière à une qualification plus large, ici le point de vue de la forme retrouve sa place. Il utilise les catégories juridiques et remonte ainsi vers un universel qui exprime l'intelligibilité du juste ainsi découvert mais qui demeure néanmoins un universel analogique en ceci qu'il ne peut être défini rigoureusement, mais seulement saisi à travers la multiplicité de ses réalisations, comme le beau dont la beauté est diverse selon qu'il s'agit de celle d'une femme, d'un animal ou d'un paysage.

Lors de ce processus inductif, il peut se faire que le juge, si la matière est régie par une loi, rencontre un texte qui prétende grâce à sa portée générale être précisément l'expression de cet universel juste et régir à ce titre l'ensemble des cas qui rentrent dans ce cadre. Quelle est la nature et la portée de cette rencontre ? C'est ce qu'il faut ici examiner.

Pour cela je m'appuierai sur un texte d'Aristote que je crois capital en ce domaine.

Il s'agit d'Éthique à Nicomaque, Livre V. 2. 1129 b à 3 1130 a ; lisons ce texte ensemble.

De ce texte, nous retiendrons ici trois idées :

- 1 - Il existe deux sortes de droit, ou juste ;
- 2 - Chacun d'entre eux a un objet propre ;
- 3 - Il n'existe aucune relation de l'un à l'autre.

Reprenons ces trois points :

- 1 - Tout d'abord, il existe deux sortes de justes.

Aristote, comme à son habitude, part d'une expérience. Ici de l'expérience de l'injustice pour découvrir par opposition ce qui est juste. Si vous demandez à quelqu'un ce qui est le juste ou l'injuste, vous obtenez deux types de réponses. Est juste ou bien ce qui est selon la loi, ou bien ce qui règle les rapports entre les individus.

Nous mêmes sommes en train de faire cette expérience, nous appelons droit à la fois ce qui est conforme à la loi mais aussi ce qui a été jugé tel entre deux particuliers.

2 - Deuxièmement ce qui distingue ces deux sortes de juste, c'est leur objet. Le premier, le juste légal, a pour objet ce qui est contenu dans la loi. Nous aurons l'occasion de préciser un peu ce contenu tout à l'heure.

Le second, le juste entre particulier a un autre objet : l'égalité entre les particuliers.

3 - Troisièmement et cela est peut-être le point qui nous intéresse le plus. Le rapport entre ces deux justes est parfaitement équivoque, c'est-à-dire qu'ils n'ont rien de commun si ce n'est le nom.

Attardons-nous sur cette différence pour bien la saisir. Le principe de ces deux justes diffère. Les rapports entre particuliers obéissent à un principe d'égalité, alors que l'autre droit légal n'a pour principe que la loi. Aristote précise ensuite en quoi consiste l'équivoque. La justice légale concerne toute autre chose que l'égalité. Elle s'applique à la pratique de la vertu dans la vie de la communauté politique, dans ce cas où la vertu est tournée vers autrui. Il faut pour bien comprendre cela rappeler que pour Aristote la vie éthique, au moins tant que le philosophe n'est pas arrivé à une condition plus qu'humaine, n'est pas possible sans la vie communautaire. La vie politique est une condition nécessaire de la vie éthique. La vertu est provoquée et développée par autrui. Aussi peut-on envisager toute la vie éthique sans ce rapport avec autrui. L'Ensemble des vertus ainsi considérées constituent la justice légale. En effet pour Aristote, ici héritier de Platon et sans doute des conceptions religieuses de la justice, la loi est un chemin, une pédagogie pour aider l'homme dans sa quête du bonheur.

Parallèlement à ce droit légal, il existe un juste au sens propre, objet d'une vertu spéciale, la justice. Il s'agit donc d'établir une mesure, une égalité dans les échanges, par exemple un juste prix, ou entre les biens et les fonctions, par exemple le salaire des magistrats selon leur place dans la hiérarchie.

Le procès se situe dans le champ du second type de droit. Il tend à partager, à trancher entre deux plaideurs mis par le droit processuel sur un pied d'égalité.

Cependant lorsqu'Aristote parle du premier type de droit (le droit légal), il y fait entrer l'ensemble des vertus. Or parmi elles il en est une, la justice particulière, qui a pour objet le droit au second sens, le juste entre particuliers.

Aussi bien y a-t-il sous un certain angle, celui du rapport à la communauté, un exercice du juste dans les échanges qui regarde la Cité.

L'exercice du juste au sens propre, entre particuliers, est situé dans la Cité. Il peut être important pour celle-ci d'intervenir par exemple dans la répartition des statuts familiaux, pensons à l'adoption par adrogation en droit romain archaïque ou le testament comitial.

La loi intervient alors pour que la justice dans les échanges s'insère dans le but poursuivi par la justice légale. Néanmoins même lorsqu'il en est ainsi, les deux droits demeurent différents et équivoques par leur fin.

C'est pourquoi le juge, malgré sa préoccupation différente de celle de la loi, rencontre néanmoins la loi lorsque celle-ci intervient en raison de la portée éthique-politique des rapports entre particuliers. Cette rencontre est donc fortuite, accidentelle. En face de la loi, le juge vise autre chose qu'elle, elle n'est qu'un des éléments de sa décision. Elle l'éclaire, mais partiellement et relativement au cas qu'il cherche à trancher. La loi dit ce qui est bon pour le citoyen, le juge déclare quel est le juste équilibre dans un cas particulier. Il en résulte que la décision du juge n'est pas dictée par la souci d'une politique à suivre.

Ceci nous permet de comprendre pourquoi si le juge se sert de la loi qui se présente toujours à lui en termes généraux, il ne peut en rester à des raisonnements sur ces termes. Il doit, lui, prendre une décision particulière avec le souci d'établir une justice particulière. Pour cela il cultive et utilise une aptitude spécifique à comprendre et à décider dans le contingent : la juris/prudence ou prudence du juge, ou art du droit.

Ici encore la fin l'emporte sur la forme, l'universel légal est relativisé par celui à qui il s'agit de rendre justice. Si l'on peut parfois approcher de cette justice par les dispositions générales de la loi, ou les catégories juridiques, celles-ci ne servent au juge que pour rendre une justice exacte à une personne située au-delà des concepts. La jurisprudence conduit le juge à l'équité. La fin concrète explique et unifie en respectant la diversité (unité et diversité des points de vue des parties), peut-être est-ce le sens du droit que nous révèle le procès.

La question qui nous est posée et qui sera sous jacente à l'ensemble de nos discussions de cette année est de savoir si le procès constitue bien une

réalité particulière, différente de la loi, qui a sa valeur propre. Cette valeur spécifique pourrait consister en ce que l'on cherche là le droit d'une situation particulière, alors que la loi prévoit ce qui est juste pour une communauté. Le procès signifierait alors qu'il n'y a pas de passage automatique d'un niveau à l'autre. Rechercher le juste dans une situation particulière exige plus qu'une déduction, cela demande une discussion. Le procès témoigne de la nécessité de la dialectique.

— II —

LE JUGE ET L'ESPÈCE

Par M. le Professeur Garrett BARDEN

PREMIERE PARTIE — ERREUR

Même si un procès se termine dans une solution générale —et à cause de l'activité généralisante de l'intelligence il y termine en quelque sorte malgré la règle que le juge ne détermine pas les généralités— la question qui lui donne lieu est toujours particulière. La solution est donc foncièrement et premièrement solution à une dispute spécifique et concrète.

Pourquoi y-a-t-il disputes ? Parce que les parties opposantes ont des désirs ou des opinions opposées. Ce conflit d'opinions engendre la dialectique qu'est le procès.

Entre dialectique et rhétorique il y a en même temps parenté et animosité. Parenté car les deux ont leur source dans la différence et leur conclusion dans l'unique : la solution. Leur animosité est à la fois plus profonde et plus difficile à saisir. Le rhéteur s'intéresse au triomphe de son opinion contre l'autre. Les partenaires sont opposés comme des lutteurs ; chacun sait dès le début ce que signifie gagner et perdre ; la victoire, c'est que sa propre opinion l'emporte sur l'autre. Les partenaires n'ont que la lutte même en commun. Dans la dialectique au contraire et dès le début les partenaires partagent en commun la vérité inconnue qui est le but de leur travail. La dialectique n'est donc pas borné au droit mais dans le droit et dans le procès elle se spécifie car la question a toujours la même forme : a qui appartient cet X en dispute ? Ainsi la forme de la conclusion est toujours la même : cet X appartient à Un Tel. Les deux présumés de cette dialectique judiciaire sont donc : primo, qu'il y a une vérité à trouver, secundo, que le procès est un processus apte —sans le moindre infailibilisme— à la trouver.

Je voudrais commenter une espèce particulière mais avant de commencer il faut demander si cet effort peut être philosophique plutôt que juridique car il y a aussi des commentaires juridiques. Chaque travail intellectuel a ses présumés fondamentaux, ses principes premiers. Ces principes sont à l'œuvre avant qu'ils soient découverts par le théoricien ; le travail du philosophe est de les mettre à jour. Le commentaire philosophique d'une espèce sera donc de révéler les principes de l'enquête.

Dans ce commentaire j'ai un but qui est en réalité —sinon en apparence— plus limité : la définition du juste. Définir le juste peut sembler être une tâche immense que seul le philosophe aurait la stupidité ou la vanité d'entreprendre. Mais je cherche une définition d'un type particulier et spécial que j'appelle *heuristique* qui laisse aux juristes leur propre tâche qui est de dire ce

qui est juste et dans la situation générale (le juste y est exprimé dans la formule que nous appellons *loi* ou *règle de droit*) et dans la situation particulière ou le juste est exprimé par l'arrêt de la cour. Il y a donc trois définitions du juste : la définition heuristique que nous allons bientôt esquisser, la définition générale exprimée dans la règle de justice et la définition spécifique qu'est la conclusion du procès.

L'espèce *Solle V Butcher* (en appel) (1) est bien connue et d'un intérêt assez considérable. Les détails ne sont pas en eux mêmes très intéressants mais il faut les esquisser car la solution se base sur la considération de ces détails. Le présupposé ce n'est pas qu'il faut examiner les détails —c'est que par l'examen de ses détails, par la dialectique des opinions— l'on arrive au juste. Si l'on abandonne ce présupposé aucune raison de considérer les détails, aucune raison de considérer les opinions contraires ; l'on peut aussi bien avoir une loterie. Première définition de la justice et du juste : *le juste* est le nom général que l'on donne à la conclusion en droit comme *le vrai* est le nom général que l'on donne à la conclusion à une question scientifique.

Mr Solle entre en procès contre Mr Butcher, duquel il loue un appartement, en disant que la loyer de l'immeuble est contrôlé par les «Rent Acts» et que, ceci étant le cas, le loyer annuel doit être de 140 Livres Sterling plutôt que de 250.

En 1947 le propriétaire (Butcher) a acquis l'immeuble en question lequel —avant la guerre— fut loué sous le contrôle des *Acts*. Butcher restaure la propriété endommagée pendant la guerre. Son ancien partenaire, Solle —ils étaient alors partenaires dans une Agence de Location et de Vente d'immeubles— ayant fait des enquêtes chez un avocat, lui dit que l'immeuble n'est plus assujéti aux *Acts*.

Quelques temps après une querelle entre les deux parties incline le locataire à entrer en litige avec le propriétaire afin de voir si l'immeuble est en réalité contrôlé.

Un dernier détail : selon les «Rent Acts» le propriétaire a le droit de hausser le loyer d'une somme qui équivaut à 8 % de ce qu'il a dépensé pour la restauration de l'immeuble. Mais pour que cela soit légal il faut qu'il avertisse ses locataires selon des formules prévues.

Au tribunal de première instance il fut décidé que :

- (a) l'immeuble était toujours contrôlé ;
- (b) qu'en conséquent le loyer annuel était de 140 Livres Sterling.

Malgré son jugement le juge de première instance dit qu'il ne trouve aucun mérite dans la position de Solle qui veut prendre avantage d'une erreur dont il fut lui-même la source.

En appel le jugement (a) ci-dessus ne fut pas contredit. Il vaut la peine d'examiner ce jugement en plus grand détail en tant qu'il soulève des

(1) *Solle v Butcher* (Court of Appeal -Bucknill, Denning and Jenkins LJ) - October 24, 25,26 November 25 1949) *All England Reports* 1949, Volume 2, pp. 1107 - 1128.

questions précises sur la distinction entre loi et fait. On parle d'une erreur de fait et d'une erreur de loi ou de droit. Je ne veux pas considérer les difficultés de cette distinction en général mais voir comment ces difficultés apparaissent dans l'espèce.

Les deux parties pensaient que l'immeuble n'était plus contrôlé. Le juge de première instance disait qu'il n'y avait aucune erreur de fait. «Peut-être une erreur de droit en tant que les deux parties pour quelque raison obscure imaginaient que les «Rent Acts» ne s'appliquaient pas. Je ne pense pas qu'ils s'adressaient à la question pertinente de l'identité». En appel Bucknill LJ contestait ce jugement du tribunal en disant que «l'évidence indique fortement que les parties s'adressaient à la question pertinente de l'identité» (1114D).

Tout cela nous donne quelques questions distinctes :

- (1) l'immeuble est-il contrôlé ?
- (2) au moment du contrat que pensaient les parties ?
- (3) penser que l'immeuble échappe au contrôle des *Acts*, est-ce une erreur de fait ou de droit ?
- (4) les parties s'adressaient-ils à la question de l'identité ?

Considérons la première de ces questions : l'immeuble est-il contrôlé ? Et en première instance et en appel on jugeait qu'il était contrôlé. Est-ce une question de fait ou de droit ? Dans le rapport on trouve une ambiguïté considérable. Je veux montrer que c'est une question de fait juridique et je veux distinguer entre faits juridiques et faits non-juridiques. Cette dernière distinction existe en droit français sous le nom «qualification juridiques de faits».

Je distingue entre les données et leur interprétation. La donnée pertinente pour trancher notre question c'est l'immeuble même qu'avait acquis et réparé Butcher, un immeuble déterminé avec une adresse quelconque qu'on peut distinguer d'un autre. On peut faire des erreurs à ce niveau. Dans la vente il peut arriver que l'acheteur ait l'intention d'acheter Y tandis que le vendeur a l'intention de vendre X. Dans cette espèce l'erreur n'était pas de la sorte.

Les deux parties et, bien entendu, les juges pensaient au même immeuble. Mais l'immeuble était-il le même qu'il fut ? L'immeuble réparé et loué en 1947 fut-il le même que celui qui fut loué et contrôlé en 1938 ?

Est-ce là une question de fait ou de droit ? Il paraît mieux de dire que c'est une question de fait juridique car tout dépend du sens qu'on donne à l'adjectif «même». On accepte que cet adjectif n'a pas un seul sens univoque —je ne veux pas en déduire avec certains qu'il n'a aucun sens— mais qu'il reçoit son sens du contexte. Il y a un sens, assez flottant d'ailleurs, que tout le monde comprend dans des questions telles que : «Habitez-vous la même maison ?» Et quand la Cour se pose la question de l'identité d'une chose elle essaye de rester proche de l'usage ordinaire mais en fin de compte elle comprendra —elle doit comprendre— l'adjectif juridiquement. Aussi il reste à la Cour à qualifier les données car il est impossible de définir l'identité telle que la Cour n'aura jamais de difficulté.

Il y a des faits non-juridiques et parfois il serait pertinent de les définir —par exemple : de ce médicament quelle est la dose normale ?—

Si l'immeuble est contrôlé ou non est, dans l'espèce, une question de fait juridique. Une erreur de droit est-elle donc impossible ? Aucunement. Dans ce cas l'erreur de droit serait de ne pas savoir que le moyen terme dans l'argument est bien «le même» ou «l'identité».

L'argument des partenaires aurait pu être comme suit :

- Si l'on a fait des réparations considérables, l'immeuble contrôlé échappe au contrôle.
- Et l'on a fait des réparations considérables.
- Ainsi, l'immeuble échappe au contrôle.

Voici une erreur de droit : penser que le moyen terme soit «réparations considérables» tandis que le moyen terme pertinent est en vérité «même» ou «identité». Cette analyse montre aussi comment les parties auraient pu conclure sans vraiment penser à l'identité. Et en réalité toute l'évidence montre qu'ils pensaient aux réparations.

On peut qualifier les mêmes données de diverses manières. Mais il y a une profonde ambiguïté lorsqu'on prétend qu'on connaît d'abord les faits et que ce n'est qu'après qu'on les qualifie. Le fait est ce qui est constaté ; c'est la réponse à la question qui le cherche. Dans cette réponse on connaît le fait pour la première fois. Le fait n'est pas une donnée. Plutôt que de dire «qualification juridique des faits» il vaut mieux dire « qualification juridique des données». Donc dans l'espèce que nous considérons, à la question : est-ce que l'immeuble dont on parle est soumis au contrôle des Atcs ? Toute réponse pertinente donne —et ne peut donner— un prétendu fait juridique. Dans ce sens l'erreur ne peut être qu'erreur de droit.

Dans son jugement en désaccord avec ses deux collègues Jenkins LJ disait que l'erreur mutuelle des litigants fut une erreur de droit car ils savaient très bien sur quoi ils contractaient, c'est-à-dire sur cet immeuble. Ainsi ils ne furent pas en erreur quant à la qualification non-juridique des données. On voit la différence en comparant ces deux questions : «est-ce là la place Beauvau ?» et «Est-ce que la Place Beauvau est une perspective monumentale ?»

Pour les deux juges —Bucknill et Jenkins— la seule distinction à portée de main c'est la distinction entre erreur de fait et erreur de droit. La triple distinction, erreur de fait, erreur de fait juridique, erreur de droit ou de critère, leur manque bien qu'elle soit nécessaire car selon la jurisprudence anglaise de l'époque on ne pouvait pas déclarer nul un contrat à cause d'une erreur de droit. C'est pour cette raison que Bucknill LJ doit insister sur la question d'identité car si cette question n'a pas été posée l'erreur n'est pas une erreur de fait et si ce n'est pas une erreur de fait il ne reste qu'une erreur de droit comme pense Jenkins LJ.

Le troisième juge en appel, Denning LJ, essaye de trouver une solution entre les deux autres. Comme prélude à l'analyse de son jugement il faut remarquer que parmi les trente trois précédents cités dans l'espèce vingt trois sont cités par Denning LJ. Les précédents cités datent de 1730 à 1949.

D'une espèce de 1730, *Landsdown v landsdown*, Denning LJ retrouve le principe suivant qu'il cite au cours de son jugement :

Il me semble que le locataire n'avait pas l'intention de faire autre chose que d'exprimer son opinion sur le droit. Au contraire il constata sans ambiguïté son opinion sur les droits privés concrets du propriétaire et une constatation erronée sur les droits privés concrets équivaut à une erreur de fait en ce qui nous concerne.

Ceci est passionnant car la constatation des droit privés concrets ne peut pas être la constatation d'un fait non-juridique. Nous trouvons alors trois qualifications différentes de l'erreur. A la question fondamentale de la nature de l'erreur lord Bucknill répond que c'est une erreur de fait, Lord Jenkins préfère l'erreur de droit, Lord Denning propose l'erreur sur les droit privés concrets.

J'ai discuté longuement la question de l'erreur non seulement à cause de son importance fondamentale dans l'espèce qui nous occupe mais aussi pour montrer comment à l'intérieur de la dialectique qu'est le procès se trouve l'effort constant de découvrir la nature de la situation. Mais il faut souligner que cette nature à découvrir n'est pas une nature non-juridique ; le problème est toujours de découvrir la réalité juridique

DEUXIEME PARTIE – MERITE

Jenkins LJ, qui décida en faveur du locataire, disait : «la position du locataire est aussi dépourvue de mérite que possible» (1123E). Là il retrouve l'attitude du juge de première instance.

Que veut dire donc «mérite» et quel est son rôle dans le discours du procès ? Pour un Kelsen les mérites d'une espèce émergent des purs préjugés –au sens péjoratif du terme– des juges car, selon lui, le mérite vient du dehors. Voyons, donc, les mérites de cette espèce.

Le mérite se trouve entièrement dans la situation. Si le propriétaire avait su que son immeuble était contrôlé il aurait pu hausser le loyer, après avoir averti les locataires, jusqu'à 250 Livres Sterling ce qui était le loyer contracté par Solle. Ainsi –toujours dans le contexte de l'Acte– le loyer juste et raisonnable aurait été de 250 Livres Sterling. Les juges ne font point appel à une moralité privée, tout à fait personnelle, mystique, hors du droit, idiosyncratique. Ils comprennent la situation à l'intérieur du droit de la cité et ils la comprennent comme une anomalie.

Il faut y insister car ceux qui attaquent la responsabilité intellectuelle du juge l'imaginent comme une espèce de fou qui plane au-dessus du droit prêt à décider n'importe quoi et n'importe comment.

Dans le contexte juridique, telle quelle est la situation apparaît comme une anomalie : un conflit entre mérite et formule dans la situation actuelle et concrète. Quel poids a cette compréhension de mérite, cette idée d'anomalie dans le discours ?

L'idée d'anomalie ne détermine pas le résultat d'une manière absolue. C'est là la signification profonde du jugement minoritaire de Lord Jenkins. Il n'a pas pu —bien qu'il aurait bien voulu— trouver un moyen de résoudre l'anomalie.

Ayant considéré l'évidence la situation apparaissait aux juges comme une anomalie. Il s'agit là d'une première qualification juridique des données. Dire que c'est une anomalie, c'est déjà juger, déjà prendre une position juridique —si provisoire que soit le jugement. *C'est* une anomalie —nous avons affaire à une contestation, une réponse. Dans cette espèce c'est l'hypothèse de base. Que les quatre juges —le premier au tribunal, les trois autres à l'appel— y sont d'accord ne doit pas nous cacher que l'accord — leur hypothèse partagée— reste pourtant hypothétique. La situation aurait pu être comprise autrement. On peut très facilement ériger d'autres hypothèses —par exemple : «Solle était malin quand même, le gars !»— Mais cette hypothèse émerge d'un contexte tout autre que le contexte du droit anglais qui est le contexte dans lequel pensent les juges.

Cette hypothèse d'anomalie apparaît —il faut le souligner— aux juges. Elle apparaît en quelque sorte d'emblée —mais aussi *aux juges*, c'est à dire aux hommes éduqués par le Droit. Aujourd'hui on a tendance à employer le terme «expert» dans un sens très technique et presque infaillible : l'expert est celui qui sait. Mais, étymologiquement «expert» vient de l'«expérience» et l'expérience n'est pas le seul passage des sensations, c'est plutôt l'histoire d'un effort persistant de comprendre. C'est la *pathei mathain* d'Aeschyle ; c'est l'*erlebnis* allemand qui a le sens de celui qui a vécu ; c'est aussi la prudence aristotélécienne et quand ce même Aristote dit que les parties vont au juge comme à la justice vivante c'est à cette expérience juridique qu'il fait appel (2).

Donc si quelque chose boîte, c'est à l'intérieur du droit qu'elle boîte. L'anomalie apparaît dans la lumière du droit dont les juges sont les prêtres.

Néanmoins Jenkins, en dépit de l'anomalie, juge en faveur du locataire. Et cela pour une raison très profonde ; ce n'est pas une simple application de la formule, c'est que, selon lui, la justice due non seulement à ces parties mais à chacun, requiert cette application. Appliquer la formule c'est le moyen de réaliser le juste tel qu'il le comprend.

La solution de Lord Jenkins n'est-elle pas juste ? Si, mais elle n'est pas idéale. Un autre pas vers la définition du juste : le juste est concret, particulier, situationnel, la meilleure solution que celui qui doit juger puisse trouver dans les circonstances. La déclaration du juste n'est pas infaillible. Elle reste

(2) *Ethique à Nicomaque* V, 1132a, 20.

toujours une conclusion critiquable. Et si l'on veut objecter que cela n'est pas du tout ce que veut dire le juste, la seule réponse que je puisse donner c'est que cette objection est radicalement idéaliste et qu'elle cherche un juste certain qui n'est pas celui des hommes.

On peut dès lors comprendre plus clairement la fonction de «mérite» dans la dialectique du procès. C'est un des arguments. Dans l'arrêt de Lord Jenkins cet argument ne prévaut pas. Il le considère. Il considère la position de ses collègues. Il n'est pas convaincu. Peut-être a-t-il tort mais sa responsabilité est de dire le juste comme il le découvre.

Pour terminer cette analyse du «mérite» examinons brièvement ce que disait Denning LJ.

Si les règles de l'équité sont devenues si rigides qu'elles ne peuvent trouver un remède à une telle injustice il est temps de les changer, mais, à mon avis, les règles déjà établies sont largement suffisantes pour cette espèce (1121 B).

Denning LJ se déclare prêt à inventer de nouvelles règles, la bête noire des positivistes : le juge inventeur ! Mais voyons de plus près. Il ne veut pas inventer n'importe quelles règles, ni aboutir à n'importe quelle conclusion. Il veut régler une injustice et il sait que la situation est injuste précisément parce qu'elle est une anomalie. Il n'introduit pas une idée privée du juste. Il dit en effet : il y a un trou qu'il faut boucher. Mais dire qu'il y a un trou c'est présupposer que la règle veut réaliser le juste et peut vouloir dire plus qu'elle ne dit. La formule veut découvrir le juste mais elle ne le définit pas.

TROISIEME PARTIE – SOLUTION

L'erreur ayant donné lieu à une anomalie, comment résoudre celle-ci ? Jenkins LJ devait accepter l'anomalie afin de supporter un juste plus général. Lord Bucknill se mettait en accord avec la solution qu'avait proposée Lord Denning laquelle devenait la solution par voie de majorité.

La solution : la Cour annule le contrat originel mais impose certaines conditions telles que : le propriétaire doit offrir au locataire un nouveau contrat après qu'il lui ait envoyé la notification formelle de la hausse du loyer.

On distingue contrat déclaré nul et contrat annulé. Dans le cas d'un contrat déclaré nul il n'y avait jamais contrat malgré les apparences. Dans le cas d'un contrat annulable la Cour décide qu'il y avait contrat mais par suite de certains inconvénients il faut supprimer ce contrat pourvu que les parties acceptent certaines nouvelles conditions imposées par la Cour.

Pourquoi imposer ces nouvelles conditions ? Parce qu'autrement d'une situation injuste on arrive à une autre situation également injuste. Si on déclare nul le contrat entre Solle et Butcher, le locataire devrait quitter son logement. Si on affirme le contrat, le propriétaire devrait accepter un loyer admis injuste. La solution est d'annuler le contrat sur la condition que le

propriétaire offre au locataire un nouveau contrat avec un loyer juste et raisonnable.

Ce stratagème a un certain intérêt car on a tendance à supposer qu'il y a contrat ou non et que, si le contrat existe, il faut le suivre. Cette difficulté est liée à une conception moderne du contrat où ce dernier est une convention basée sur le consensus. Mais il existe une autre manière de concevoir le contrat selon laquelle le contrat par consensus ou convention n'est qu'un moyen de contracter des obligations mutuelles. On peut aussi contracter l'obligation par la remise d'une chose (Gaius III, 8), c'est-à-dire qu'on contracte des obligations dans la situation et non seulement par convention. Ainsi la contraction d'une obligation n'est pas toujours libre ; on se trouve lié. Arrivées devant la Cour les parties sont déjà liées ensemble ; elles existent dans un réseau d'obligations, c'est-à-dire des rapports juridiques (3). La tâche de la Cour c'est de découvrir ces obligations qui sont inconnues ou l'objet d'un désaccord. Le juste est les rapports justes. Le procès est une méthode de les trouver.

QUATRIEME PARTIE – CONCLUSION

On veut aboutir à une définition du juste mais à une définition qui ressort vraiment de l'analyse. On n'accepte pas qu'elle apparaisse comme un lapin du chapeau.

Le procès est une enquête, c'est-à-dire un processus ordonné de questions. Il vise une réponse et pour cette raison nous avons pu suggérer une première approche à la définition du juste : le juste est le nom qu'on donne à la réponse trouvé dans un procès.

Le procès pose une question : a qui appartient quoi ? Il y aura d'autres questions mais celles-ci sont toutes ordonnées à la question clé. On peut toujours exprimer cette question autrement mais les différentes formes syntactiques auront le même sens. La question est *typique* : pour être posée concrètement elle doit être spécifiée par la Cour et dans l'espèce. On a une seconde approche vers le juste : la structure typique de la réponse à la question du juste sera ? ceci appartient à Un Tel.

Le procès est une procédure humaine, voire infaillible. Dans l'espèce considérée nous avons vu que les trois juges ne furent pas en accord. Cela nous montre que –tout comme la vérité scientifique ou théorique– la solution est la meilleure opinion à notre disposition. La solution est une conclusion critiquable qui reste dans la dialectique du droit et du procès qu'est l'histoire juridique d'une communauté.

La conclusion termine le procès. Elle est soumise à la dialectique de question et de réponse qu'est l'histoire intellectuelle et morale comme est soumise toute réponse. Mais le temps joue là encore un autre rôle. Le juste n'est pas une réponse théorique qu'on peut, au moins en principe, attendre

(3) Cp. Villey, Michel : *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz éd., 1976, Ch. X, «Métamorphoses de l'obligation».

définitivement. Les hommes sont dès maintenant dans des rapports juridiques ; ils se disputent ; il faut résoudre les disputes dans le temps ; il faut décider ; il faut conclure. C'est là le sens profond de l'article 4 du *Code Civil* : ne pas juger serait un délit de justice. Il faut mettre un terme à la réflexion juridique comme, d'ailleurs, à toute réflexion morale.

La question du juste se lève dans la société telle qu'elle est. A la société telle qu'elle est on peut poser plusieurs questions. La question du juste n'est pas bornée au procès. Ainsi dans *Solle v Butcher* on remarque que les juges ne posent pas de questions aux Actes mêmes. Pour eux les Actes furent une partie du contexte juridique dans lequel se levait leur propre question spécifique. Je ne veux pas dire qu'un juge ne met jamais en cause une règle quelconque, mais il travaille dans un univers juridique en partie décidé.

Une règle de justice qui décide, en partie et d'une manière générale, le contexte juridique rend explicite la manière dont est compris les rapports juridiques, quotidiens et fréquents. On peut penser aux articles sur le prêt dans le *Code Civil*. On y voit que les difficultés fréquentes sont traitées. Si dans une espèce on a affaire uniquement à l'une de ces difficulté on décide selon la règle car la règle est la réponse déjà connue.

La question du juste est concrète. L'insertion de l'espèce dans la société fait partie du contexte comme nous avons su. Jenkins LJ y faisait appel. On en peut toujours faire ce qu'on aurait voulu faire en d'autres circonstances mais —et ceci est d'une importance capitale— on n'est pas dans d'autres circonstances et le juste humain se trouve dans les circonstances humaines telles qu'elles sont.

D'un certain point de vue le juste est pour nous indéfinissable. Ce n'est pas que nous n'avons ni le temps, ni l'énergie, ni l'intelligence. C'est que le juste est défini —et ne peut qu'être défini— progressivement dans la société et par le législateur qui répond aux difficultés nouvelles ou selon des nouvelles idées et par le juge qui répond quotidiennement aux difficultés concrètes. L'un légifère en général, l'autre juge en particulier.

La définition romaine à laquelle je suis revenu est bel et bien une définition heuristique : le juste est de donner à chacun ce qui lui appartient (4). On reproche à tort à cette définition sa vacuité. La définition donne la piste de recherche et c'est à la recherche de trouver la réponse. On objecte à la définition romaine que tout reste à faire. A tort. Tout reste à faire sauf ceci : on sait ce qu'est la question pertinente. Outre cela tout reste bien à trouver mais c'est bien là le vrai sens de la définition.

(4) Ce qu'on donne à chacun, c'est «son droit» ; même si on lui donne une chose matérielle, voire une maison, de l'argent, etc., une pénalité etc., on la lui donne en droit. On lui donne, enfin, la réponse de la Cour.

— III —

LE PROCÈS RÉVÉLATEUR

Par Mme Simone GOYARD-FABRE
Université de Caen

1 - Une querelle entre voisins à propos du bornage d'un enclos, une dispute entre époux, une accusation de concurrence déloyale, le pillage d'une bijouterie, le meurtre du riche solitaire ... ces exemples, hélas, quotidiens, suffisent à nous rappeler que les hommes ont entre eux des *désaccords* plus ou moins retentissants et que, donc, la sociabilité, sur laquelle on discute depuis l'aurore de la philosophie, a quelque chose de bien fragile. A n'en pas douter, «l'insociable sociabilité» dont parle Kant caractérise l'humaine nature.

C'est même dans la société civile, qu'organisent des constitutions et que réglementent des codes, que la mésentente des hommes est mise au grand jour puisque c'est devant des instances civiles, administratives ou pénales qu'elle est exposée et donne lieu à «procès». Tout se passe donc dans la société des hommes comme si les différends étaient officialisés : ils prennent, au regard de la Justice, la forme juridique du litige ou du contentieux qu'un magistrat —un juge— a pour office de trancher. Entendons qu'il lui appartient de décider, au sein du prétoire et dans les formes, qui, en ces espèces compliquées, a raison et qui a tort, ou encore si tel règlement d'administration est ou non valide. Le procès, qui a jailli des faits par leur qualification juridique (1), a pour visée essentielle de prononcer le droit par la bouche du juge. Il est une activité juridictionnelle (*juris-dictio*).

Il peut paraître aller de soi que justice soit faite —ou que justice soit dite—, ce qui revient au même puisque le droit, que caractérise l'effectivité, est fait pour être appliqué. Cela est, comme on dit «normal», car il est de la nature des hommes de ne point supporter qu'on ne respecte point leurs «droits». Mais, là plus qu'ailleurs, il faut se méfier des prétendues évidences. La tâche de la philosophie du droit est, en ce problème, de dégager et d'élucider, par une quête réflexive et approfondissante, les présupposés —c'est-à-dire les attendus et les considérants, qu'on ne dit pas, ceux-là, explicitement— qui sous-tendent le procès et sont à l'œuvre dans son cours : tâche infinie, pour laquelle nous nous bornerons dans ces pages à poser quelques jalons. Les index de cette recherche ne prétendent qu'à une valeur exploratoire.

(1) la qualification juridique des faits est, ici, de première importance. Non seulement elle enseigne que, dans le domaine du droit, il n'existe pas de fait brut : ainsi, un homme est mort ; pour le droit, il peut s'agir selon les cas, d'un décès pur et simple, d'un suicide, d'un crime, de l'exécution d'une sentence de mort ... - mais la qualité juridique attribuée à un fait détermine, par exemple pour la contravention, le délit ou le crime, la juridiction qui sera habilitée à juger en l'espèce.

Sur ce très difficile problème de la qualification juridique, qui est le problème fondamental de la logique juridique, nous renvoyons à notre *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, 1972, p. 63-75.

2 - Tout procès obéit à un certain nombre de conditions et de règles qui varient en deçà ou au-delà d'une frontière. C'est dire que *l'action* qui est ouverte en justice selon une procédure bien définie, le *déroulement du procès* dans le prétoire et «dans les formes», la *sentence* que prononce la juge ... obéissent à la logique immanente d'un système de droit positif en vigueur *hic et nunc*. Le procès laisse donc voir, comme en un miroir, les structures logiques et, par delà elles, les requêtes méta-logiques d'un ordre de droit.

Tout procès est le lieu où ces structures et ces exigences, au contact des faits juridiquement qualifiés, acquièrent une sorte de vie. Un procès «dans les formes» ne traduit pas un formalisme vide. Lorsque le juge se fait «la bouche de la loi», c'est, sous la dialectique du privé et du public, le contrepoint du *Sein* et du *Sollen* qui se joue. La topique du procès est particulièrement signifiante et mérite exploration.

Il convient enfin de remarquer que, parfois, le juge ne se borne pas, en un procès, à la diction du droit : les conclusions énoncées peuvent faire jurisprudence. Alors, la *juris-dictio* devient *juris-latio*. Le procès dans ces conditions, n'est plus seulement «révélateur» du droit, mais créateur de droit. Et la question se pose de savoir d'où peut surgir ce *jusnovum*. A la faveur de ce problème —qui a une portée beaucoup plus générale qu'il ne le semble de prime abord—, l'analyse réflexive conduit de la phénoménalité du droit dans la lettre des lois et des codes à la source pure du droit. Bien loin de la querelle de voisinage ou de l'attaque du train postal qui ont donné lieu à procès, il apparaîtra que la fondation du droit n'est pas de ce monde.

Au cours de cette randonnée philosophique au cœur du procès, nous nous interrogerons donc tour à tour sur *le sens de la logique immanente au procès*, sur *le sens de la topique juridictionnelle*, sur *le sens fondamental des décisions juridictionnelles*.

I

La logique qui est immanente au procès ne peut livrer son sens qu'à travers sa postulation principielle et ses exigences fondamentales.

1 - D'entrée de jeu, une remarque s'impose : il n'y a pas de procès, ni réel ni possible, dans «l'état de nature».

Le concept d'*état de nature* n'est assurément qu'un concept opératoire, qui désigne une hypothèse de travail permettant de mieux comprendre, dans une démarche *a contrario*, ce qu'est l'état civil. L'état de nature n'a donc pas d'existence empirique. Mais il est significatif que, présenté comme un état de paix, à la manière de Pufendorf ou de Locke, comme un état de guerre, à la manière de Hobbes, ou comme un état d'innocence où l'homme est un solitaire qui savoure sa connivence avec la nature, à la manière de Rousseau, cet état, qui ignore le licite et l'illicite, le juste et l'injuste, n'accorde aucune place au procès. Ou bien les hommes y sont heureux et s'entendent parfaitement ; ou bien les hommes s'y font la guerre et s'entretuent avant de songer à toute contestation ; ou bien les hommes y vivent en solitaire et l'on conçoit mal qu'ils se fassent procès, à eux-mêmes.

Il faut donc inférer que le procès ne peut éclater que dans l'état civil, lorsqu'il y a institution d'un pouvoir politique et organisation juridique.

Ainsi, dans l'ordre de droit qu'il présuppose, la possibilité même du procès signifie l'impossibilité de se faire justice à soi-même : vengeance personnelle ou vindicte collective n'ont pas cours dans l'état civil ; et le talion, le combat judiciaire ou les ordalies ont un caractère primitif qui — du moins dans notre type de société — les exclut de l'univers judiciaire.

La condition de possibilité du procès est donc l'existence d'un ordre juridique rigoureusement structuré.

2 - Cette condition de possibilité admise, il apparaît que tout procès obéit à la logique d'un système de droit positif, donné et en vigueur *hic et nunc*. Il en reflète les dispositions au point que l'une des propriétés d'un ordre de droit — et non la moindre — est de prévoir les contestations et de fournir les moyens de les résoudre.

En effet, lors même que nous sourions du juge Bridoisson, il nous faut reconnaître que le critère de l'acte juridictionnel est sa «forme». Cela ne signifie pas que la matière du procès (le droit du propriétaire terrien, la propriété commerciale, le respect de la vie humaine...) est dédaignée du juge. Mais la matérialité des droits subjectifs n'est pas une donnée ; elle ne se révèle, et tout particulièrement dans un procès que par la méditation, polymorphe et multivalente, de la forme.

a - Donnons quelques exemples du formalisme qui est caractéristique de tout procès.

Comme nous ne vivons pas sous un régime despotique où un seul détient tous les pouvoirs, un procès, en droit français, n'est pensable, donc, n'est possible, que dans un cadre institutionnel qui implique, comme l'a montré Montesquieu, la distinction organique et la collaboration fonctionnelle des pouvoirs étatiques (2). En effet, afin d'assurer aux justiciables les garanties d'une bonne justice, le pouvoir judiciaire doit être distinct et du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Un juge ne peut être membre ni du Parlement ni du Gouvernement, ou alors, il lui faut se démettre de sa charge. C'est là l'exigence de l'indépendance de la justice.

Mais il faut écarter ici tout malentendu : l'indépendance de la justice ne signifie pas que, pour trancher un litige, le juge en appelle à son arbitre personnel. Bien au contraire, l'exercice de sa fonction est, dans tous les ordres de juridiction, soumis à des *règles*. Ainsi, par exemple, le juge est soumis à la règle qui prohibe sa saisine d'office. Malgré quelques exceptions (3), le recours

(2) Il importe de ne pas confondre cette «distinction» des pouvoirs avec la thèse prêtée à tort à Montesquieu de la «séparation des pouvoirs». Sur ce point, nous renvoyons à notre *Philosophie du droit de Montesquieu*, Klincksieck, 2ème édition, 1979, p. 316-334.

(3) Citons par exemple la transmission à la Cour d'Appel des décisions d'incompétence la faillite d'office.

au juge ne peut être sollicité, donc, le procès s'ouvrir, qu'à la demande de la victime (parfois du Ministère public ou de certaines administrations publiques). On dit en général que la contestation est l'affaire des parties.

Encore faut-il que la demande en justice soit recevable ... Une demande en divorce, par exemple, est irrecevable si les époux sont réconciliés ; ouvrir une action en justice n'est pas possible si la contestation est seulement redoutée, sans avoir éclaté, ou si un jugement a déjà eu lieu. Pour qu'il y ait procès, il faut que soient respectées des conditions relatives à la personne du demandeur, à l'objet de la demande ainsi que des conditions de temps et de délai.

Enfin, au seuil d'un procès, s'imposent des règles de compétences : de compétence d'attribution qui, *ratione materiae*, fixent la juridiction concernée, qu'elle soit criminelle ou civile, de droit commun ou d'exception ; de compétence territoriale qui, *ratione loci*, fixent le lieu du tribunal devant lequel sera porté le litige.

Ce ne sont là que quelques exemples du formalisme judiciaire. Mais ils sont l'index bien net selon lequel il n'y a de procès que dans les formes.

b - Or, la procédure qui préside à l'introduction de la demande, à l'instruction du procès, à l'établissement des preuves, aux interrogatoires, à la comparution des témoins, à l'élaboration et au prononcé du jugement ... n'exprime pas seulement les règles pratiques d'un savoir-faire. Sa finalité essentielle n'est ni pragmatique ni praxéologique. Et, bien entendu, son sens ne se résume pas dans l'image populaire des tracasseries ou de la chicane judiciaire. C'est là que la philosophie du droit peut, par une démarche herméneutique, nous éclairer, en dévoilant le sens du formalisme judiciaire spécifique du droit processuel.

Les conditions et les règles auxquelles obéit le procès reflètent l'intention du législateur et, par delà-elle, l'idée du droit. Elles sont destinées à pallier l'aspect chaotique ou aléatoire des conduites humaines. Elles ont donc un fond anthropologique qui révèle une nature humaine fragile et peu fiable dont le tribunal doit savoir contrecarrer les écarts et les emportements. C'est ainsi que le formalisme du procès vise à écarter la vengeance, expression passionnée et infra-rationnelle d'une terreur éthique qui a quelque chose de primitif, en tout cas, de primaire et d'irréfléchi. Cette finalité qui signifie la nécessité d'écarter l'instabilité de la nature humaine, n'est pas, malgré les apparences, négative. La logique des formes juridiques porte en elle l'exigence d'ordre, d'équilibre et de mesure qui fonde et habite l'univers du droit. Le caractère procédurier du procès révèle — il n'est besoin pour cela que d'une herméneutique simple — que justice est d'abord justesse et que cette requête méta-positive est une volonté de normativité et de rationalité. Disons en d'autres termes que, au tribunal, la juridiction est un défi à la faiblesse de la nature humaine : la $\delta\lambda\kappa\eta'$, qui est de l'ordre du $\lambda\acute{o}\gamma\omicron\varsigma$, su substitute à $\overline{\delta\epsilon}\eta\iota\varsigma$ qui est infra-juridique et conserve en soi une part d' $\mu\beta\alpha\sigma\iota\sigma$. Les Romains l'avaient parfaitement compris, pour qui le formalisme n'est pas

un ensemble de formalités, de rites ou de paroles consacrées, ni la volonté de solennité ou le goût du théâtre que certains détracteurs de la Justice se plaisent —c'est si facile !— à dénoncer.

Un procès «dans les formes» manifeste à l'évidence une technique juridique ; mais cette phénoménalité technique enveloppe un «esprit» : elle est une matérialisation des idées, si bien que le formalisme est un principe de fond du droit. La forme, ennemie jurée de l'arbitraire, signifie dans le procès que, sans un ordre réfléchi, sans une discipline rationnelle, ni le juste ni la liberté ne sont possibles. Après Spinoza, Rousseau ou Kant, Hegel pouvait dire que le droit est «la liberté en général comme Idée» (4).

3 - Par voie de conséquence, il est impératif que le pouvoir judiciaire tranche tout litige selon le Juste. La logique du procès enveloppe nécessairement une référence axiologique.

De l'implicite philosophique, revenons à l'explicite du prétoire. Le procès appartient par excellence à la sphère de la diction du droit ; autrement dit, le contentieux ne sera liquidé que lorsque, des deux plaidants, le droit de l'un sera prononcé, entraînant en l'espèce le tort de l'autre (5). Cela paraît simple et évident. En fait, le cheminement intellectuel qui conduit le juge de l'ouverture du procès à la décision juridictionnelle mérite attention.

En ce point de notre étude, Kant sera notre guide : non pas le Kant de la *Rechtslehre*, mais celui, beaucoup plus radical, de la *Critique de la raison pure*.

Dans une cause, remarque Kant (6), les jurisconsultes distinguent la question *quid facti* ? et la question *quid juris* ? Cette dernière question nous transporte au cœur de la logique du procès. Elle doit «démontrer» le droit ou la légitimité de la prétention avancée par les parties. Elle est, dit Kant, selon la terminologie des jurisconsultes, une «déduction». Seulement, cette déduction ne consiste pas à déduire B de A comme une conséquence d'un principe ; elle consiste à justifier B par A. Ainsi, le jugement, dans un tribunal, se justifie par ses attendus et ses considérants : B n'est légitime ou bien fondé que par A.

Donc, le problème qui se pose au juge n'est pas un problème empirique, concernant l'origine ou la genèse du différent qui oppose les plaideurs. Il est un problème de logique fondative puisqu'il s'agit d'établir le bien-fondé d'une prétention ou, si l'on préfère, la valeur d'une cause ou la validité d'une règle. Afin de déterminer le droit des parties (*quid sit juris*), le juge ne procède

(4) *Principes de la philosophie du droit*, paragraphe 29.

(5) Remarquons qu'en matière administrative, le juge a à se prononcer sur la validité de la règle à appliquer en une espèce.

(6) *Critique de la Raison pure*, traduction Tremessigues et Pacaud, PUF, p. 100.

pas selon la voie de la nécessité causale, par un jugement déterminant enlgué dans les faits ; il procède par un jugement réfléchissant qui domine les faits par l'idée. Sa démarche est de logique transcendante ; elle tourne le dos au dogmatisme et au naturalisme empirique. Elle consiste, en cherchant le sol (*Grund*) où s'est enraciné le litige —c'est-à-dire ce qui la rendu possible—, ou en cherchant les structures constitutives de l'espèce, à dire ce qui *fonde* les allégations et les prétentions des parties, c'es-à-dire ce qui les rend ou non légitimes ou conformes à une idée régulatrice qui possède par soi valeur de norme fondamentale.

Il est donc clair que la logique de la démarche judiciaire n'est pas une logique de l'être mais une *logique du devoir-être*. Quand donc nous disons que la *juris-dictio* implique une référence axiologique, nous ne nous référons pas au dualisme qu'une métaphysique ontologique établit entre le sensible et l'intelligible, le donné et le pensé. La démarche du juge, qui, en tant que déduction transcendante, résoud le double problème de la possibilité et de la légitimité, s'inscrit dans une *logique des normes*, c'est-à-dire dans une logique qui connaît au moyen de normes en énonçant un *Sollen*.

Dès lors s'instaure dans la démarche même du procès une sorte de va-et-vient entre le *Sein* et le *Sollen* et cette démarche caractéristique fait du tribunal, civil, pénal ou administratif, le lieu privilégié d'une dialectique du privé et du public.

II

La topique de la démarche et de la décision juridictionnelle recèle une signification profonde qui nous renseigne, par delà le procès sur l'altitude du droit.

1 - Précisons d'abord, fût-ce au prix d'un détour, la problématique qui se tapit dans le *topos* du procès.

Dans *La Critique du Jugement* (7), Kant émet l'idée qu'il y a une analogie entre le jugement de goût et l'arrêt du juge. Or, si le beau est l'*analogon* (ou le symbole) du juste, c'est que le jugement qui décide de la beauté d'une œuvre ou de la légitimité d'une prétention implique une conscience de finalité ; plus précisément, la conscience de cette finalité sans fin qui est quelque chose comme la visée d'un «Idéal de perfection» (8).

Sans doute est-ce là le privilège de l'homme. Mais ce n'est pas cet aspect que nous retiendrons ici. Ce que nous retenons, c'est la difficulté inhérente à la thèse kantienne du jugement, car, par définition, l'Idéal de perfection que manifeste le jugement n'a pas de réalité ; il ne possède pas de valeur objective et n'a qu'une fonction régulatrice. De ce constat, il importe de tirer aussitôt

(7) *Critique du Jugement*, paragraphe 59.

(8) *ibid.*, paragraphe 17.

une conséquence : à savoir que, lorsque certains auteurs (9) déclarent que le juge, tenu de juger conformément à la loi, applique tout simplement, par une opération intellectuelle de type syllogistique, la règle générale à un cas particulier —ou soutiennent que c'est par application du droit objectif que le juge constate et décale les droits subjectifs—, ils ne tiennent pas compte du principe régulateur à l'œuvre dans le jugement. Cette carence constitue une erreur intellectuelle qu'il convient de corriger.

2 - Afin de redresser cette erreur, il est nécessaire de scruter la démarche juridictionnelle elle-même. En cette affaire, Hegel, qui, dans les *Principes de la Philosophie du droit* de Berlin, examine l'administration de la justice, sera notre guide, même s'il nous faut nuancer ses conclusions.

Il est avant toutes choses nécessaire, remarque Hegel, que le droit existe pour la conscience et soit connu : en d'autres termes, il faut que le droit soit posé (*gesetzt*) dans son existence empirique : alors, le droit est la loi. Celle-ci, en sa détermination —en son contenu—, est assurément conditionnée par des éléments contingents, tels les circonstances historiques ou l'esprit d'un peuple. Mais l'important est que la loi positive ait la forme de l'universalité. Comme telle, elle peut subsumer une pluralité indéfinie de cas singuliers.

Dès lors, il apparaît que le crime, le délit, l'atteinte à la propriété ou à la personnalité ... qui ont motivé le procès et qui, par définition, sont des ruptures de droit, ne portent pas atteinte seulement à un sujet privé, mais à la chose universelle (10) : le vol, par exemple, sur lequel le juge doit se prononcer, porte atteinte à l'institution universelle de la propriété. Aussi bien l'office du juge est-il, afin de prononcer le droit, d'effectuer la synthèse de ce que les parties croient être leur droit individuel et de ce que le *Code* définit comme la loi obligatoire pour tous. Cela nous permet de remarquer que la juridiction n'a d'être et de sens qu'au niveau de la *Sittlichkeit*, quand sont dépassées par une activité *synthétique*, les requêtes individualistes qui ont motivé les parties lors de la demande d'action en justice.

De cette dialectique du *privé* et du *public*, nous pouvons tirer deux enseignements : l'un, sur le mode négatif du refus, l'autre, sur le mode positif de l'exigence. En effet, d'une part, l'administration de la justice ne saurait procéder ni de l'arbitraire d'un seul, fût-il juge ou prince, et plein de sollicitude, ni des déterminations empiriques particulières du *Faustrecht* : la décision arbitraire, aussi bien que la vengeance ou les représailles sont engluées dans une subjectivité qui demeure en deçà de la synthèse juridictionnelle du privé et du public. Toute *juris-dictio* implique le refus de sentences purement privées. D'autre part, comme la singularité d'une espèce est déjà porteuse de l'universel, la vocation de la sentence arbitrale ou de l'arrêt du juge est bien moins d'infliger une peine au coupable ou de réparer les torts causés à la victime que de rétablir l'universalité objective dont la justice doit être dispensatrice. Ainsi, toute *juris-dictio* implique la réconciliation du subjectif et de l'objectif. La

(9) Nous pensons tout particulièrement aux thèses de Laband et de Duguit.

(10) *Principes de la Philosophie du droit*, paragraphe 218.

suppression de leur opposition signifie que, dans l'univers juridique, droit subjectif (*Moralität*) et droit objectif (*Sittlichkeit*) sont deux contraires qui ont besoin l'un de l'autre.

3 - Ce discours philosophique n'est rien d'autre, au fond, que la lecture herméneutique de l'activité juridictionnelle en laquelle se répondent, dans un dialogue incessant et constructif, le respect des *droits individuels*, strict apanage des parties, et la sauvegarde de l'*ordre public*, que révèle la médiation de la loi. Si ces deux règles ne sont pas observées, on n'a affaire —comme on le voit par exemple dans de nombreux procès politiques— qu'à une parodie du procès. Cette remarque suffit à indiquer combien ces règles sont fondamentales et pourquoi le législateur a estimé nécessaire de les traduire institutionnellement, de manière très concrète, pour les plaideurs, par la possibilité de l'*appel* et, dans l'ordonnancement juridique, par l'*autorité de la chose jugée*.

En ce double principe institutionnel se déchiffre, dans le dispositif juridique lui-même, la conjonction de la règle positive et de l'exigence normative. La dialectique du privé et du public qui s'effectue dans le procès n'est pas exempte d'une dimension métajuridique. Comprendons donc quel'administration de la justice n'est pas mécanique et que, loin de procéder d'une logique tautologique, elle manifeste la *pensée* qui est inhérente au droit. En effet, la justice enveloppe une certaine idée de l'homme, individuel ou social, voire une idéologie. Par voie de conséquence, la vérité de l'homme, donc, ce qui est juste pour lui, se situe au point de rencontre et de symbiose du subjectivisme, épris de liberté et de l'objectivisme, épris d'ordre.

Tout se passe donc comme si la diction du droit au terme du procès faisait de lui le lieu privilégié d'une métajurisprudence où se conjoignent, à la faveur de la dialectique du privé et du public, le raisonnement déductif et la conscience des valeurs. Il y a des racines trans-juridiques de devoir-être juridique qu'énonce l'arrêt de cour ou le verdict du juge. C'est même en ces racines trans-juridiques que les décisions juridictionnelles puisent leur plus profonde signification.

III

Il importe désormais de tenter une archéologie du procès pour atteindre le sol originel où les décisions de justice puisent leur sens fondamental.

1 - Afin d'aborder ce problème, attachons-nous d'abord à cette difficulté technique que constitue l'existence des *lacunes de la loi*.

Les lacunes de la loi tiennent à l'incomplétude de tout système de droit positif : il est bien clair, par exemple, que le Code Napoléon ne pouvait définir des normes en matière de circulation automobile ou d'accident nucléaire. C'est pourquoi l'on dit qu'il y a «lacune» dans un ordonnancement juridique quand manque une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre une espèce déterminée, ou quand la norme qui, formellement, existe dans le code, n'apparaît pas satisfaisante ou opportune.

On a beaucoup discuté sur le point de savoir si ces lacunes sont évitables ou ne le sont pas. D'un point de vue technique — distinct du point de vue philosophique —, force est bien de constater qu'un système de droit positif, étant un «établissement humain», porte nécessairement la marque de la finitude humaine. Celle-ci se traduit, non pas par la validité déficiente ou défailante du droit positif, mais par des silences ponctuels de la loi. Ce serait une utopie ou une erreur anthropologique de penser qu'un corpus de lois a pu prévoir tous les cas possibles.

Pourtant, le juge ne peut pas, au motif qu'il n'a pas les moyens juridiques de juger, se dérober au jugement : le déni de justice, le refus de juger lui sont interdits. La juridiction est pour lui obligatoire. La difficulté est grave : d'autant plus grave qu'aucune règle de procédure ne fait obligation au juge de combler les lacunes de la loi. En fait, c'est pourtant ce qu'il fait. Mais alors, la puissance juridictionnelle du juge devient, de façon manifeste, la puissance de *créer* du droit. Dans ces conditions, le procès ne se clôt pas par un jugement qui déclare le droit ; il aboutit à poser un *jus novum*, souvent d'ailleurs appelé à faire jurisprudence. Tout se passe comme si la puissance judiciaire, devenue jurislatrice, en venait à ressembler à la puissance législatrice dont, par définition, elle est distincte.

Il y a là un double problème : un problème de théorie générale du droit et un problème proprement philosophique.

2 - Le problème de théorie générale du droit qui se rencontre ici a été maintes fois examiné. Nous nous bornerons à synthétiser les conclusions qui se sont dégagées et, par conséquent, à écarter un malentendu : la puissance juridictionnelle *ressemble* à la puissance législatrice, mais ne se confond pas avec elle.

L'argumentation est bien connue.

D'une part, le *jus novum* qui fait jurisprudence ne peut dans un système de droit donné, déroger au lois en vigueur. Il y a, dans la hiérarchie des normes juridiques, infériorité de la règle jurisprudentielle par rapport à la loi.

D'autre part, le juge ne peut, en comblant une lacune de l'ordonnement juridique pour trancher le procès, statuer *generaliter* ; il s'en tient au cas d'espèce qui lui a été soumis.

Enfin, le juge ne doit, pour trancher le procès, créer du droit nouveau qu'autant que celui-ci est indispensable à la solution du litige.

Il est donc patent que, du point de vue de la technique juridique comme du point de vue de la théorie générale du droit, la puissance jurisprudentielle ne crée pas un *jus novum* assimilable à la loi.

3 - Cependant, le problème philosophique que fait naître l'existence de ce droit nouveau est délicat : il s'agit de comprendre comment est possible le surgissement de ce *jus novum*.

Remarquons d'abord qu'une condition préjudicielle est requise pour que naisse ce nouveau droit : il faut que le système juridique soit «ouvert»,

ce qui n'est pas toujours le cas. Par exemple, le *Code pénal* belge, qui déclare qu'il n'y a nul crime et nulle peine sans loi, est clos. Cela veut dire que si le juge dans un procès, constate l'incapacité de la règle à trancher un cas d'espèce, il ne peut s'en remettre qu'à un travail futur de législation. En revanche, le *code civil* français est ouvert. Bien sûr, un référé législatif est pensable, même si, actuellement, il n'existe pas. Mais les travaux préparatoires de Fernet et de Portslis disent explicitement que le juge a entière liberté pour inventer une solution inédite. Il suffit, disent-ils, qu'ils se conforme à la doctrine, c'est-à-dire à l'esprit d'équité du *Code*.

L'indication est intéressante car elle laisse entrevoir «l'esprit des lois» ou, plutôt, l'inspiration éthique du juridique. Mais elle est insuffisante pour une philosophie du droit qui se veut rigoureuse et qui entend s'en tenir à l'ordre de droit qui lie le juge.

C'est de cet ordre de droit, véritable pyramide de normes, qu'il nous faut partir pour expliquer la possibilité du jaillissement du *jus novum*. Or, la caractéristique de cet «édifice à plusieurs étages superposés» et, comme le dit Kant, que le droit y règle lui-même sa propre création (11). Dès lors, il apparaît qu'un ordre juridique n'obéit pas à une logique formelle, mais à une *logique créatrice*. Son unité et sa cohérence ne sont pas statiques, mais dynamiques. Aussi bien, dans la perspective du positivisme normativiste que dessine l'investigation kelsénienne, il est remarquable que chaque palier du droit correspond à l'apparition d'un *jus novum* dont la validité s'enracine dans les normes du palier antérieur: Par conséquent, une décision juridictionnelle n'est jamais simplement déclarative, mais, continuant le processus de création du droit qui est immanent à la pyramide des normes, elle a toujours une fonction constitutive. Dans cette logique créatrice, il ne saurait donc y avoir de place pour les lacunes. Aussi bien, toute décision du juge est-elle, toujours, créatrice. C'est dire qu'il appartient à la logique dynamique d'un ordre de droit ouvert d'actualiser, à l'occasion du procès, les virtualités juridiques qui s'attachent à la structure constituante du système.

Certains doctrinaires ont tiré du normativisme kelsénien —en se référant d'ailleurs à un étrange platonisme— le système de la libre découverte du droit (*freie Rechtsfindung*) qui implique, en même temps que la décentralisation radicale de la création du droit, la flexibilité essentielle du droit. Cette entreprise ne va pas, en sa hardiesse, sans une lourde rançon : toute sécurité juridique est bannie. Aussi bien ne nous aventurerons-nous pas dans les voies de cette doctrine-limite. Nous nous bornerons à réfléchir à l'implication philosophique de l'application que fournit Kelsen du *jus novum* dans sa *Reine Rechtslehre* (12).

(11) *Théorie pure du droit*, traduction Ch. Eisenmann, de la 2ème édition de la *Reine Rechtslehre*, Dalloz, 1962, p. 299.

(12) Nous avons développé ce problème dans notre article *L'inspiration kantienne de Hans Kelsen*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1978, p. 204-239.

Kelsen, comme Kant, tourne le dos au dogmatisme juridique qui déduit, *more geometrico*, tout le droit positif, y compris la sentence judiciaire, d'un principe premier transcendant : ainsi font, par exemple, Leibniz et Pufendorf. Le refus de ce dogmatisme signifie en clair le refus d'une théodicée — «la jurisprudence universelle» de Leibniz— et le refus du jusnaturalisme, quelles qu'en soient les nuances. Ce refus déclenche une démarche critique, ou mieux «criticiste», qui est archéologique et fondative. Conformément à cette démarche méthodologique, il convient donc, en ce qui concerne notre problème de partir de la décision de justice créatrice de jus novum et de remonter, de palier en palier, jusqu'à ses plus profondes racines. Cette démarche radicalisante conduit à la *norme fondamentale* ou *fondative* qui est comme le clou à quoi s'attache le développement dynamique intrinsèque de l'ordre de droit. Ce clou n'est pas une origine : il est la condition qui fonde le mouvement de la normativité juridique ; il en est, dans la logique criticiste adoptée par Kelsen, la *condition de possibilité et de validité*. Si bien que la *Unorm* ressemble étrangement à l'*Idée transcendantale* : elle est l'hypothèse intelligible, pure et *a priori*, non pas «posée», mais «supposée», dont la vocation fondatrice et régulatrice se répercute, de palier en palier, tout au long de la hiérarchie pyramidale des normes, donc, jusque dans l'arrêt de cour, qu'il soit apparemment déclaratif ou novateur.

Pour une logique transcendantale —celle que Kelsen développe dans l'ombre de Kant, ou celle que la phénoménologie transcendantale de Gehrard Husserl développe dans les voies ouvertes par l'orthodoxie phénoménologique de Edmund Husserl (13)—, les lacunes de la loi ne peuvent pas exister. Elles n'ont qu'une apparence technique. Du moins est-ce cette apparence technique qui, faisant problème pour le juge, suscite l'approfondissement philosophique et conduit vers les horizons transcendants —mais non transcendants— du droit.

*

Évidemment, l'horizon transcendantal du droit semble bien loin de la querelle qui a provoqué une demande en divorce ou du vol à main armée qui a conduit les truands devant le juge ...

Néanmoins, en scrutant quelques-uns des aspects du procès ouvert en de semblables circonstances, nous avons pu prendre conscience d'un certain nombre de requêtes fonctionnelles de la justice et, tout ensemble, comprendre que la sentence du juge n'a, au tribunal, rien, du jugement absolu d'une Justice transcendante. «Établissement humain» —trop humain, diront certains—, la justice des tribunaux ne verse pas toutefois dans le relativisme désolant qui fait que vérité en deçà des Pyrénées devient erreur au-delà. La décision juridictionnelle, à raison de son ultime fondation transcendantale, révèle que la justice,

(13) Sur la question de la logique transcendantale du droit, nous renvoyons à notre *Essai de critique phénoménologique du droit*, et, tout spécialement, à la Seconde partie de l'ouvrage.

pour trancher un différent, obéit à ce que Kant appelait «un besoin de la raison», ce besoin ne désignant pas un manque, mais bien plutôt une exigence pure *a priori* qui est un pouvoir régulateur et un index téléologique.

En face des actions déraisonnables qui motivent l'action en justice, le procès, dont la finalité propre est de dire le droit, porte témoignage de la confiance que l'homme accorde à la raison et de l'espérance de rectitude qui est l'ombre portée de son caractère raisonnable.

— IV —

DE LA DIALECTIQUE COMME ART DE DIALOGUE
ET SUR SES RELATIONS AU DROITPar Michel VILLEY
Université Paris II

Cette brève conférence sera *réactionnaire*, tournée vers le passé.

Pourquoi ? Faute de croire au progrès en philosophie. A ma connaissance, il n'est plus guère aujourd'hui de vrai philosophe pour croire au progrès *en philosophie*. Ce n'est pas parce qu'autour de nous les *techniques* avancent, ainsi que les *sciences* dites exactes, et continuent à avancer à une vitesse accélérée, sous la direction des États-Unis d'Amérique ... que le progrès dans le domaine philosophique soit vraisemblable, plutôt le contraire.

Aussi n'est-il pas que Heidegger, parmi les grands philosophes du XXe siècle, pour être retourné aux Grecs. Et notre pire trahison envers la culture de l'Europe n'est pas après tout de négliger dans notre formation les langues soit allemande soit française —mais le *latin* et le *grec*— la Grèce ayant inventé la philosophie.

Vous m'excuserez : je me résous à laisser complètement de côté cette littérature, dont vous savez l'énormité, qu'ont produite nos contemporains en méthodologie du droit et celle des logiciens modernes, traitant de «logique dialogique». Je vais présenter des idées anciennes, et surtout grecques et romaines. Il n'existe pas d'autre moyen de faire la critique des préjugés de notre temps —ce qui est un office de la philosophie— que de leur opposer d'autres modes de penser. Il nous faut les chercher *ailleurs*, c'est-à-dire, notre culture actuelle tendant à s'uniformiser, dans l'histoire ancienne et médiévale.

Je vais être très *élémentaire* : La philosophie parle des rudiments. Ou bien vous pourrez attribuer le caractère très schématique de cet exposé, l'absence totale de références aux autorités dont je me donnerai licence —au manque de temps dont je dispose pour traiter un sujet immense— à une certaine crainte du pédantisme — ou à ma paresse. Vous savez que dans la philosophie du droit, les français sont très paresseux...

*

* * *

Venons au sujet :

- I De la «*Dialectique*».
- II comme *art* du dialogue.
- III et sur ses relations au *droit*.

I. — ÉTYMOLOGIE

Il me faut d'abord commenter ce mot *dialectique*. Comme tous les termes généraux de la philosophie, aucun de vous n'ignore qu'il est équivoque. Un certain nombre de mes collègues, dont les intentions sont voisines des miennes, déclarent préférables de l'éviter. Le mot *Dialogik*, lancé aujourd'hui par quelques logiciens, remplit un office assez différent.

Conformément à ma promesse, je vais faire abstraction de l'usage actuel. Hegel qui avait repêché ce vieux terme tombé dans le discrédit, devenu chez Kant péjoratif, lui a conféré une valeur nouvelle. Marx lui a fait le sort que l'on sait. Il est passé dans notre langue tel que Hegel et Marx l'avaient refondu, encore que distendu, et très galvaudé.

J'écarterai cette acception ou ces acceptions à la mode. Tentons de restituer à la Dialectique sa signification ancienne et originaire qu'elle aurait connue chez les grecs et pu retrouver au Moyen-Age. A la vérité, l'expression était déjà polysémique. La «dialectique» des stoïciens est autre que celle d'Aristote, sans parler de Platon, et ce que je vais dire ne vaudra pas pour la «dialectique» décadente du Bas Moyen-Age.

Pratiquons l'étymologie, qui doit servir de fil conducteur. Dans le «langage ordinaire» du peuple grec, le *dialektos*, la *Dialexis*, c'est le dialogue, l'échange de paroles entre plusieurs interlocuteurs. *Dialegesthai*, c'est *converser, participer en quelque taverne ou rue de la cité à quelque entretien*. M. Viehweg, le remarquait dans un bref et très bon article des *Mélanges Schelsky*, l'actuel essor de la *pragmatique* a ramené notre attention sur ce caractère du langage d'être un commerce mutuel. Et à l'ordinaire il est dialogue. Le monologue —ou les conférences— sont une maladie du langage, heureusement exceptionnelle.

La dialectique —*Dialektiké*— constituait sans doute une espèce particulière de conversation. Ceux qu'on appelait *dialektikoi* — *dialectici - dialecticiens*— furent les philosophes. Comme leur affaire est la recherche de la vérité, ils ont leur façon spécifique de s'entretenir.

Cependant, dans cette dialectique des philosophes grecs, ce qui me paraît remarquable est à nouveau le caractère *collectif* de l'opération. Sans doute est-il advenu qu'on usât de ce mot au sens de technique rigoureuse d'argumentation, art du raisonnement déductif, cohésion logique des propos —*logoi*— tenus par un seul personnage. C'est prendre la partie pour le tout. Ils pratiquent non la monodie, mais la symphonie, la polyphonie, le discours à plusieurs interlocuteurs.

Car rien n'était plus habituel aux philosophes de l'Antiquité et du Moyen-Age que l'usage du Dialogue. Ils ne se muraient pas dans leur *cogito*, ainsi que feront les philosophes idéalistes de l'Europe moderne, Descartes s'enfermant dans son fameux «poêle», Kant méditant au long de ses promenades solitaires, Hegel construisant ses cours magistraux. Les philosophes grecs s'entretiennent dans des *écoles*. Au Moyen-Age, le régime des théologiens des grandes Universités n'était pas moins communautaire. Les constructions du

savoir restaient *anonymes*, comme les cathédrales ; le genre scolaire le plus prisé, c'était la *quaestio* — disputée entre des partenaires multiples, ainsi qu'aujourd'hui un match de football. Toute la Somme théologique de Saint Thomas est faite de *questions* où plusieurs voix se font entendre. Et si on l'ignore, on n'y comprend rien.

L'homme étant comme dit Aristote, animal social, vivant « avec d'autres » — *zôon politikon*—, n'est-il pas naturel aussi que la *connaissance soit commune* ? Que la plupart de nos idées soient un bien commun et le produit d'un travail social ?

Nous ajouterons : C'est en tous cas la condition d'une philosophie «réaliste», qui ne se contente pas de combiner entre elles des idées, mais a l'ambition de pénétrer l'être des *choses*, que nos consciences *tendent* à saisir en dehors d'elles-mêmes. Chacun de nous n'aperçoit des choses que des aspects particuliers — que des «profils» disait Husserl. Le seul moyen d'en acquérir une intellection plus complète, une connaissance objective, est de confronter, de cumuler et de surmonter les visions partielles des uns et des autres. La vérité sur les choses est fruit d'un dialogue.

Et bien ! Tout ceci —me direz-vous— est redevenu banal. Rien de plus rebattu que le mot «dialogue» ; nos professeurs de philosophie s'envolent chaque année vers une quantité de congrès, colloques, «*symposia*», et «concertations». Les hommes d'affaires ne s'offrent pas moins de colloques. Chez les scientifiques, il n'est plus question que de batailles entre théories, construites sur autant d'hypothèses rivales. J'allais oublier le renouveau de «l'interdisciplinarité», un slogan très couru en France, mais sans doute existe-t-il chez vous. Tant s'uniformise la culture ...

Cela se peut. Mais ni en France, ni en Allemagne et ni sans doute en Amérique, les étudiants ne seraient capables de pratiquer le genre de la *quaestio*. Ni leurs professeurs. Ce que nous a fait perdre le moderne individualisme, et notre régime des études, est *l'art* du dialogue.

II. — L'ART DU DIALOGUE

Il a existé dans l'Antiquité et au Moyen-Age une *technique* du dialogue philosophique, que je croirais utile de réexhumer. A vrai dire, j'imagine mal qu'elle pût être remise en vigueur, dans les circonstances contemporaines.

Trop de ces conditions nous scandaliseraient. Pour commencer, on lui en voudrait de son *élitisme*. Elle n'est pas ouverte à tous. C'est un cercle de gens choisis, et un champ clos que les *écoles* des philosophes grecs. N'y entre pas qui veut : il y faut des aptitudes particulières, ne serait-ce que la vocation aux études spéculatives, qui n'est pas fréquente. Vous savez quel luxe d'exercices et de disciplines préalables Platon prétendait imposer, dans la *République*, aux jeunes gens triés pour former l'élite de la cité, avant qu'ils puissent accéder à sa Dialectique, qui est la philosophie elle-même. Et au Moyen-Age, avant d'être admis dans les Facultés supérieures, il fallait passer par les *Arts*, où l'on

apprenait au moins la grammaire, la rhétorique, et recevait une formation de dialecticien. Toutes ces exigences que nous avons progressivement laissé choir.

Dans l'Université française, depuis la petite révolution de mai 1968, le mot *sélection* est abhorré, même si la chose n'a pas cessé d'être nécessaire. Toute «Sélection» est tenue pour réactionnaire ; elle entraverait le processus de «démocratisation» que ne cessent de prêcher les politiciens — et plus encore l'asservissement de l'Université aux intérêts économiques ...

Mais en quoi pouvait consister cet art du dialogue, jadis raffiné ? Je dois avouer que personnellement je n'en ai pas rencontré encore d'exposé complet et systématique. Dans les *Topiques* d'Aristote, on découvrira d'excellentes définitions de la Dialectique : mais aucune théorie d'ensemble. Elles n'en explorent, de son propre aveu, que certains instruments. Sans doute les règles du Dialogue furent-elles codifiées de façon beaucoup plus rigoureuse, et je croirais assez fidèle à la tradition d'Aristote, dans la Scolastique des XIIe et XIIIe siècles ...

Pour illustrer le caractère *collectif* de la procédure, j'en retiens seulement quatre exemples. Ils concernent quatre actes successifs à travers lesquels — entre beaucoup d'autres — se déroule le jeu du Dialogue.

1 - La position de la cause

Ce que la Rhétorique appelle : *ponere causam*. Définir l'enjeu — le sujet sur lequel portera la recherche. «Thématiser». Ce premier moment est indispensable, pour que soit exclue de l'ordre du jour toute proposition s'avérant «non-pertinente», «irrelevante».

Ainsi, dans la Somme Théologique, au commencement de chaque article, en une ou deux lignes, un problème est déterminé avec une clarté souveraine. C'est la condition de l'unité et de la cohésion du dialogue. Si elle n'était pas respectée, on n'aurait qu'une suite de monologues désordonnée, comme cela se voit dans la plupart de nos congrès.

Circonscrire l'objet de la controverse. *Ponere causam* — de ce mot latin de *causa* est dérivé le français *chose* qui se dit en allemand *Sache*, et en anglais *Thing*. C'est une chose dont on disputera ; de son essence, de ses qualités, ou de ses accidents possibles — quelle est la nature de l'homme, — s'il y a nature de l'homme — la nature de la vertu, — si la vertu est désirable — si d'écouter un monologue qui dure près d'une heure est une fatigue insupportable pour l'homme ordinaire etc ... La Dialectique est l'instrument d'une philosophie *réaliste*, présupposant l'existence d'un monde ordonné, rempli de *choses* qui se puissent définir, par des «définitions de choses».

Une commune tension vers l'objet existant de soi, en dehors de notre conscience subjective, rassemble les divers interlocuteurs. Il ne doit pas nous étonner que la dialectique ait disparu dans l'idéalisme moderne, où chacun construit son propre système sur ses convictions subjectives ...

2 - Second acte : le *rassemblement* des opinions qu'on va jeter — *objecta* — dans la controverse. Pour les Scolastiques, sélection des «*autorités*». La même

tâche chez Aristote porte le nom de recherche des «lieux». — D'après un texte des Topiques, cela constitue le premier instrument — *organon* — de la Dialectique. «*On doit*» dit-il procéder à la découverte de tous les *topoi* qu'exige le sujet.

Il me semble probable que le premier sens —étymologique — de *topos* — en latin *locus* — était de désigner l'*endroit*, ou plutôt les divers endroits où l'on se placera successivement pour voir la chose dont on dispute. De quoi s'agit-il ? Il faut faire le tour de la chose. Le but *collectif* de l'opération est de confronter sur le même objet les points de vue divergents des uns et des autres, des auteurs les plus qualifiés, afin de s'élever collectivement à une intuition supérieure.

3 - Je vais passer très vite sur un troisième acte, autre instrument «*organon*» de la Dialectique, d'après les Topiques d'Aristote : *Critique du langage*.

La plupart de nos malentendus — des apparentes contradictions entre les auteurs — paraissent en effet procéder des oscillations du langage ; de ce qu'un même terme peut recéler tantôt un sens large, tantôt un sens strict, un sens propre, des sens figurés : comme il en va du mot *topos*, et de tous les autres y compris du mot «*dialectique*». D'où nos apparents désaccords.

Pour y remédier, surmonter les contradictions, réconcilier les adversaires, on doit recourir à la sémantique : *Distinguer* entre ces différentes significations. La «*dialectique*» a été souvent définie — l'art des «*distinctions*» sémantiques. Ou autrement dit, écrit Aristote, elle distingue les choses, classe les genres, les espèces de choses. Car la structure du langage doit être le reflet de la structure de la réalité. En fait les acceptions diverses que reçoit un même terme représentent autant de *points de vue* partiels sur la réalité ; mais qu'il s'agit de classer, de hiérarchiser, de ramener à l'harmonie.

Besogne de clarification, d'organisation du langage, pour qu'il corresponde au réel en embrassant et ordonnant ses aspects multiples. Regardez un article de la Somme de Thomas d'Aquin. Vous observerez que la réponse est obtenue par cette méthode recommandée par Aristote aux dialecticiens, faite de distinctions sémantiques.

Et qu'il en résulte, qu'il résulte de toute la Somme Théologique, comme de toute l'œuvre d'Aristote, un «*langage bien fait*», en quoi selon Condillac consiste la science. Le langage est par excellence un bien commun, un lien entre membres d'un même groupe. Il n'a chance de remplir son rôle de moyen de communication que s'il est l'effet d'un travail commun.

4 - Alors j'en arrive, en sautant quelques étapes intermédiaires, à un quatrième et dernier moment, qui sera celui de la *conclusion*. Le point traité sera défini par une formule brève et précise (dans le grec d'Aristote, *oros*).

Conclusion signifie clôture ; le mot vient du latin *claudere*, fermer, mettre en terme. Aboutissement de la controverse. Vous ressentez que c'est un moment nécessaire ...

... Et d'autant plus indispensable qu'il est de la nature de la discussion de risquer d'être interminable. On y peut sans cesse verser de nouveaux arguments, de nouveaux points de vue sur les choses, de nouvelles autorités. Et alors le dialogue menace de ne conduire à rien. La procédure dialectique conduisit en fait plusieurs sectes philosophiques de l'Antiquité — telle la

nouvelle Académie au temps de Carneade — dans le *scepticisme*. Le scepticisme est la peste d'une cité, qu'il prive de ses assises, des croyances communes. Le scepticisme moderne, de Locke de Hume etc. — auquel il faudrait attribuer sans doute des causes opposées (le goût immodéré de la science) — avec tout ce qui s'est ensuivi, le rejet de la métaphysique, la dissolution de la morale publique, c'est lui qui a laissé la voie aux technocrates qui nous gouvernent.

Mais la Dialectique est armée, organisée contre ce risque ; limitée dans le temps aussi bien qu'elle est dans l'espace. A tout le moins au Moyen-Age, dans la *quaestio disputata* de la Scolastique médiévale, il y a un *maître* dont la fonction est de *mettre un terme* à la controverse, par un compte rendu qui en formule les résultats ; ce qui s'appelait *déterminations*. Qu'est la Somme Théologique ? Un *ensemble* de «déterminations».

L'analogie a pu exister dans les plus classiques des écoles des philosophes grecs. On y concluait.

Or, quelques mots sur la nature et la valeur de ces *conclusions*. Définissant la Dialectique, Aristote l'opposait d'abord à «l'éristique», à la «sophistique», à la «rhétorique» au sens strict, ces techniques d'argumentations qui sont exercées au service de buts égoïstes ou particuliers. Ces espèces-là de discussions ne sauraient avoir pour effet nulle conclusion philosophique, parce que leur fin n'est pas du tout la poursuite de la vérité ...

Mais Aristote distingue encore la Dialectique de la science — ou epistêmê. La Science au sens propre est savoir parfait, dont les conclusions sont indubitables, parce que logiquement démontrées. Elle nous procure des vérités absolues et définitives. Autres les conclusions de la dialectique.

Gardons-nous surtout de les confondre avec celles d'un syllogisme, bien que des syllogismes interviennent à l'intérieur de l'opération dialectique. Mais le syllogisme procède par voie descendante à partir de prémisses fixes ; il donne ses raisons, ses fondements ; ses conclusions sont assorties d'une nécessité logique. Rien de tel dans la dialectique, prise globalement, dont la démarche est ascendante ; à partir d'opinions multiples, et toutes partielles, insuffisantes, elle nous apporte une vision plus totale de ce que sont les choses, sans expliquer le pourquoi des choses. Elle montre, mais ne démontre rien. Et tant de facteurs d'incertitude (le choix des opinions discutées, l'appréciation qualitative de la valeur des autorités) sont entrés dans sa procédure, qu'il n'en sort rien de nécessaire ni de définitif. Elle n'est pas science, mais «zététique», recherche, «approche» de la vérité ...

Imparfaite. Ce n'est pas une raison pour la mépriser. A condition que la recherche ait été conduite avec art, selon toutes les règles de cet art, par des hommes choisis pour leur compétence et leur honnêteté, nous n'en serons pas moins avisés collectivement de faire confiance à ses conclusions. Au moins à titre provisoire. C'est encore une fameuse maxime aristotélicienne qu'à chaque discipline correspond son degré propre de certitude. En Métaphysique, en morale, il est prudent de se contenter de ce qu'il est *possible* d'atteindre, en tel lieu et tel temps donné, et avec les moyens du bord. Laissons d'éminents

personnages – Descartes, Spinoza, Hegel – se complaire chacun dans son système personnel, parfaitement construit. Une communauté sociale leur préfère les résultats imparfaits de la dialectique. Seulement plausibles. Mais qui valent assurément mieux pour la cité que le refus de conclusion, que le néant du scepticisme.

Or, comme l'a marqué notamment M. Toulmin en Angleterre, la philosophie en ses origines a quelque ressemblance à l'art juridique.

III. – DIALECTIQUE ET DROIT

Nous irons plus vite sur ce dernier point : l'application de cette méthode dialectique au droit. Au moins a-t-elle été reçue par les juristes romains, auxquels elle put être communiquée par l'exemple des philosophes grecs. Et par le canal de la *rhétorique* : Car la *rhétorique au sens large*, qui est théorie de la parole se trouve inclure la dialectique, puisqu'il lui faut considérer, entre autres discours, ceux des philosophes, et surtout le genre judiciaire.

Avec de légères modifications, cette dialectique dont nous venons de tracer une esquisse, convenait aux besoins des juristes. Le berceau du droit est le *procès* ; et le procès est une controverse, qui pour les Romains aurait pour office d'inventer la solution juste, réconciliant les points de vue des parties adverses. La première règle du procès est pour le juge d'écouter l'une et l'autre parties (*audiatur et altera pars*), toutes les parties intéressées.

Comme les débats des philosophes ont lieu dans le champ clos des écoles, ainsi devant le tribunal n'est admis à prendre la parole, du moins à y tenir les principaux rôles, qu'un personnel qualifié pour sa compétence : le juge – les avocats – le ministère public. Il se constitue – dit-on aujourd'hui – un « espace judiciaire ».

Et ces quatre séries de règles que j'avais tout à l'heure rencontrées chez des philosophes, nous les retrouverons dans la procédure judiciaire.

1 - La position de la cause.

Le Procès roule sur une question préalablement définie dans la procédure romaine par cette partie de la formule appelée *intentio*, un terme emprunté à la Rhétorique. Elle a pour rôle de définir l'objet du litige.

La *causa*. Le mot de *causa* est un des termes principaux du langage juridique romain, dont il y aurait beaucoup à dire. Un de mes anciens étudiants, Patrick Yan Thomas, me paraît avoir démontré que le langage juridique romain – *emptio-venditio, donatio, etc.* – fut élaboré à partir de la subdivision sans cesse plus poussée, et de la définition des *causes*, des point à débattre devant le tribunal.

Et la cause du droit, c'est encore une *chose* ; Ulpien affirmait que la jurisprudence sort de la connaissance des choses *Notita rerum* ; et d'abord des *cas*. On y cherche si telle situation inhérente à tel cas ou tel cas, offre cette qualité d'être juste, d'entrer dans l'ordre collectif de la cité romaine ...

Les romains pratiquent une espèce si l'on veut de «droit naturel», mais au sens grec, pas à la mode du rationalisme moderne. On ne saurait s'entendre, concilier les opinions discordantes des deux adversaires, que sur des bases *objectives* revenues à l'honneur aujourd'hui sous le nom de «nature des choses». Tel est — en dernière analyse — au total — le thème à débattre.

2 - Rassemblement des autorités.

Personne n'en doute plus aujourd'hui, la première tâche de l'avocat est la découverte d'arguments ; il allègue des autorités : celle, dit-on aujourd'hui, de la *loi* ; ou bien d'autres textes, dont il faut vérifier la validité, la valeur ou la pertinence. Mais — toujours en langage moderne — aussi les «principes généraux du droit». Ou d'autres *lieux*, l'équité ou l'utilité. Des *topoi*, *Topique* juridiques...

3 - Critique du langage

Office principal de ce qu'on nomme en latin, *interpretatio*. Par de nouvelles distinctions, classifications des genres et espèces, la jurisprudence s'achemine à la solution, et contribue à enrichir le langage spécifique du droit (cf. D.I.3 *De legibus* — ou L.16 *De verborum significatione*).

4 - Et quatrièmement, Conclusion

Plus encore que ce n'est nécessaire aux discussions des philosophes, il s'impose qu'un terme soit mis aux controverses judiciaires. Et dans un délai assez bref, qui était à Rome déterminé avec précision. Or, de même qu'au Moyen-Age, dans la *quaestio* il y a un maître pour «déterminer», des organes publics sont prévus pour *déterminer* la sentence : le juge ou le jury.

Bien sûr, personne n'imagine plus que leurs conclusions aient vraiment valeur scientifique (1). La sentence — latin : *sententia* — n'est encore qu'une opinion, comme les conclusions de la dialectique ; elle comporte une part de *décision*, et discrétionnaire, mais digne qu'on lui fasse confiance, car éclairée par une procédure régulière. Il sera sage de s'y tenir — *Res judicata pro veritate habetur*. Ainsi seulement sont assurés la paix et l'ordre dans la cité, et la tranquillité commune. Décidément il ne manque pas de parenté entre la démarche des philosophes grecs, et celle des juristes romains. J'en pourrais signaler d'autres, s'il n'était trop tard.

*

* *

Permettez un tout dernier mot, sur l'actualité. Je viens d'esquisser quelques traits de la méthode des juristes romains, qui fut pareillement pratiquée par les *glosateurs* à partir du XII^e siècle, au temps où la philosophie d'Aristote fut réexhumée. Je crois qu'elle l'a été aussi quelquefois par les canonistes : en tous cas Gratien l'auteur de Décret — *Concordia discordantium Canonum* — qui fut un grand praticien et théoricien de la dialectique...

(1) Car on n'y dispose pas d'axiome, de principe commun dont le droit pourrait se déduire. Le droit ne découle pas du commandement d'une autorité supérieure qui ait la forme d'une proposition. Quoi qu'aient prétendu les modernes, il n'est pas en ce sens de «*source*» du droit.

Mais depuis lors, vint l'hégémonie de la logique rigoureuse, de type *scientifique*, déductif. Les philosophes de temps modernes ont subi la fascination du modèle d'*Euclide*. Chacun construisit son système, déduisit des axiomes prétendus de sa Raison propre. Les juristes les ont imités ; ils ont à leur tour bâti des systèmes pseudo-scientifiques, déductifs, (car le propre du rationalisme est de chercher à tout des *fondements*) sur les mythes du Contrat Social, de la souveraineté populaire ; ou de prétendus droits «innés de l'homme» ... et prenant les lois pour prémisses. Par la suite dominèrent les sciences expérimentales, la sociologie, limitées aux faits, et dont il est clair qu'elles ne sauraient suffire au droit.

Cependant, au XX^e siècle, vous l'aurez sans doute remarqué, un certain nombre des éléments que je viens d'attribuer à la «dialectique» des anciens ont refait surface, et nous sont redevenus familiers : le rôle de «l'argumentation» dans ce que l'on nomme à nouveau «l'invention de droit» ; la *Topique* remise en vedette par M. Viehweg, que d'autres ont suivi ; et la Nouvelle Rhétorique de M. Perelman. A nouveau scrutée, la genèse de la «Décision». Jusqu'aux logiciens, peut-être inspirés par de nouvelles mathématiques, réhabilitent le *probable* ; s'avisent que toutes les «conclusions» ne sont pas nécessaires etc...

Malheureusement, ce ne sont là que des pièces séparées – *membra disjecta*. La *Topique* – plutôt les *topoi* (je ne sais si le mot *topique* souffre d'être mis au singulier) ne sont qu'un des moyens entre autres de la Dialectique. Le *Traité de l'argumentation* de M. Perelman concerne l'avocat bien plutôt qu'il ne vaut pour le juge ou pour le juriste, attachés à la découverte d'une solution *juste*. Et la logique formelle elle-même n'est qu'un des outils dont chacun use à l'intérieur de la controverse.

Il me semble que tous ces moyens, tous maniés individuellement, gagneraient à être réintégrés dans l'entreprise collective qu'a signifiée autrefois le mot dialectique ; qu'il y a un *niveau* supérieur du discours du droit, auquel tous les autres niveaux pourraient être subordonnés ; qui (sauf ignorance de ma part) demeure quelque peu négligé, par un reste en nous d'individualisme. Le thème de la controverse, du caractère agonistique que revêt la vie scientifique, est bien en train de ressurgir ; mais, me semble-t-il de façon plutôt balbutiante, sans qu'on prenne le soin d'expliquer la Logique du Dialogue...

Et moi-même, je viens de violer tous les canons de ma Dialectique. Je me suis abstenu de référence aux autorités ; j'ai négligé les opinions de personnalités de haute compétence, qui auraient vu les choses d'un point de vue différent du mien, et mainte objection toute prête à éclore...

Hélas ! en contradiction avec mes principes, j'ai *monologué*. Mais, je suis prêt à discuter. En attendant, je vous remercie de votre patience.

Université de Droit, d'Économie
et des Sciences d'Aix-Marseille

FACULTE DE DROIT ET DE
SCIENCE POLITIQUE
D'AIX-MARSEILLE

INFORMATION

LABORATOIRE D'ÉPISTEMOLOGIE JURIDIQUE

Présentation

Toutes les disciplines à caractère scientifique largement entendu, la chimie, les mathématiques, la physique, la biologie, la linguistique, la sociologie, la psychologie, l'économie, ont leur épistémologie. Toutes s'interrogent, comme le disait Piaget, sur «la constitution des connaissances valables». Toutes comparent les méthodes utilisables, les objets de connaissance concevables, les résultats obtenus, les fondements idéologiques et philosophiques de leurs démarches, etc ...

Beaucoup de pays, et notamment des pays francophones, disposent de centres ou d'instituts qui se consacrent à l'épistémologie juridique. La France est l'une des rares nations à forte tradition juridique qui ignorent cette discipline intellectuelle. Quel est l'objet de l'étude du droit ? Quel est le rôle de la «science du droit» et, plus précisément, de la doctrine ? A quelles conditions la connaissance du droit peut-elle être améliorée et quelles sont ses limites ? Ces questions et beaucoup d'autres qui relèvent aussi de l'épistémologie ne sont ni gratuites, ni même abstraites. A l'heure, notamment, où l'informatique juridique se développe, chacun perçoit la nécessité de réfléchir sur l'objet et la méthode de la recherche juridique, sur la façon dont se forment les concepts juridiques, ...

Le Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence était particulièrement bien placé pour prendre l'initiative de créer un laboratoire d'épistémologie juridique. Ses recherches sur la doctrine, poursuivies depuis bientôt deux années, l'ont en effet préparé à ce type de réflexion ; l'accueil reçu par ses travaux est un encouragement à persévérer (1).

-
- (1) Les recherches annoncées ici ne sont financées que par le Centre de Philosophie du Droit. Une demande présentée au Centre National de la Recherche Scientifique et qui portait, plus précisément, sur le thème de «la notion de progrès épistémologique appliquée à la connaissance du droit privé» a été repoussée ; le motif principal de cette décision fut que «la notion de progrès épistémologique posait problème dans la mesure où le progrès est davantage une appréciation historique, fondée sur une idéologie qui peut avoir sa source dans ce que l'on appelle le progrès des sciences» (lettre du 26 mai 1982, signée E. A. Lisle, Président du Comité scientifique du programme Science Technologie et Société) ... Sans commentaire sur l'aptitude du C. N. R. S. à financer l'innovation !

Les personnes intéressées sont priées de se mettre en rapport avec

C. ATIAS, Centre de Philosophie du Droit (Salle 119),
Faculté de Droit et de Science Politique - 3, av. R. Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex - Tél. : (42) 59 99 20 - poste 316.

Programme de Recherche

- Définition de l'épistémologie juridique :

son objet, son intérêt, ses rapports avec les autres branches de l'épistémologie.

- La science du droit :

ambiguïté et évolution historique (notion de science du droit, écoles diverses...);

révolutions scientifiques (faits nouveaux, théories nouvelles) ;

notion de communauté scientifique ;

paradigmes ;

progrès de la connaissance du droit.

- Méthodes doctrinales :

procédure de falsification ;

utilisation des sources formelles du droit ;

rôle de la controverse ;

Systematisation (appréciation souveraine des faits et contrôle des juges du fond par la Cour suprême) ; formalisation (rôle des signes) ;

phénomènes récents : - influence de l'informatique ;

- spécialisation.

- Influence doctrinale :

cohérence du droit et cohérence de la connaissance du droit ;

concepts doctrinaux et concepts législatifs ou jurisprudentiels ;

idéologies doctrinales ;

légalisme ou science législative appliquée.

- Concepts fondamentaux (aspects doctrinaux, origines, découvertes,...)

droit naturel ;

droit subjectif et personnalité morale ;

temps ;

volonté ;

signes et droit ;

LE ROI EST NU ET, PEUT-ETRE, EN PLUS, MAL LAVÉ
Réflexions méchantes et provocantes sur le métier de chercheur (1)

Par Józef HURWIC (2)

Quand la science était éloignée de la vie quotidienne, le travail scientifique ne représentait pas l'occupation unique et même principale du savant. Celui-ci avait d'autres sources de revenus pour gagner sa vie, faisant la recherche pour satisfaire sa curiosité, ses besoins intellectuels et, pourquoi pas, comme divertissement. L'astronomie n'était pas du tout l'affaire fondamentale de Copernic et, en tout cas, ne lui fournissait pas de moyens matériels. C'était le médecin anglais William Prout qui, dans les années 1815-16, supposa que tous les éléments chimiques étaient formés d'hydrogène ; cette hypothèse eut une grande influence sur le développement de l'atomistique. L'équivalence de la chaleur et du travail a été découverte, dans les années quarante du siècle dernier, par Julius Robert Mayer, médecin allemand, et James Prescott Joule, propriétaire d'une grande brasserie à Londres. Ils étaient tous des hommes de science amateurs. S'ils s'occupaient de la recherche c'était seulement en marge de leur activité professionnelle. Mais avec l'augmentation de l'influence de la recherche scientifique sur la vie pratique on observe une professionnalisation de la science. Cependant la recherche scientifique, professionnelle ou non, resta longtemps, jusqu'au début de notre siècle, une vocation touchant un nombre restreint de personnes, ayant un intérêt marqué, une intelligence supérieure. Le savant était respecté et souvent admiré. Même si on le considérait comme un peu excentrique, on savait que c'était un individu capable de réfléchir, de raisonner. Par de nombreuses caricatures, on le représentait comme un personnage drôle, distrait mais plutôt sympathique.

Dans le dernier demi-siècle l'activité scientifique a subi une évolution quantitative et qualitative énorme. Aujourd'hui aucun domaine n'échappe à l'ingérence de la science. Celle-ci fonctionne maintenant comme une force productrice. Par conséquent, la science omniprésente apparaît comme une nécessité sociale. Et si autrefois la recherche ressemblait à une activité plutôt artisanale, aujourd'hui on peut parler de l'industrialisation de la science.

Je peux rapporter une conversation que j'ai eue, il y a une vingtaine d'années, avec le célèbre physicien allemand, Gustav Hertz :

«Je ne comprends pas —me disait-il— la physique d'aujourd'hui. La physi-

(1) Texte abrégé de l'exposé fait au Club d'Épistémologie Comparée à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences, Aix-en-Provence, le 21 octobre 1982.

(2) Professeur (à la retraite) de chimie physique à l'Université de Provence (Marseille), ancien professeur et doyen de la Faculté de chimie à l'École Polytechnique de Varsovie, ancien président de la Société Chimique de Pologne.

que théorique est, pour moi, trop difficile parce qu'elle exige l'application de certains domaines de mathématiques que je ne connais pas. En ce qui concerne la physique expérimentale, je ne comprends pas plus. Lorsque je travaillais avec Franck sur l'expérience qui nous a valu, en 1926, le prix Nobel, nous avons inventé chaque détail de notre appareillage, nous avons nous-mêmes exécuté ce dispositif. Maintenant, ce sont les ingénieurs qui construisent les grands appareillages, les usines dans certains cas, tandis que le physicien appuie seulement sur le bouton et ... obtient des résultats».

Dans la recherche scientifique on engage actuellement des moyens financiers importants. Elle devient donc un grand «business». Cela conduit nécessairement à l'institutionnalisation et bureaucratization de cette activité avec toutes ses conséquences, positives parfois, mais surtout négatives, pour ne mentionner que l'appareil administratif encombrant.

En même temps que le caractère du travail de recherche, le type des gens de science a également changé. A côté des grands noms de la science, comme Einstein, Mendéléiev, Niels Bohr, Rutherford ou Pasteur, il y a des nombreux simples travailleurs scientifiques. Les célèbres savants, maîtres de la science, sont les auteurs d'idées hardies, de concepts nouveaux, de généralisations fondamentales, de travaux de synthèse. On peut dire qu'ils sont les auteurs du projet du grand bâtiment de la science. Mais pour la réalisation de ce projet il faut des maçons. Ce sont des modestes travailleurs de la science qui enregistrent certains faits scientifiques, qui observent, qui cherchent des relations entre différents phénomènes, etc ... Ils gagnent leur vie par une activité de recherche et sont indispensables au développement de la science. Ils sont nécessaires en masse, comme, par exemple, les médecins et les plombiers, les ingénieurs et les cordonniers, les avocats et les dactylos, les pompiers, les femmes de ménage, ... La recherche scientifique est devenue un simple métier, une activité parmi d'autres. Cette constatation peut paraître péjorative à quelques nostalgiques de l'auréole qui avait entouré l'activité scientifique. Si le chercheur jouit encore d'une estime particulière dans l'opinion publique, c'est surtout parce que le langage scientifique est hermétique ; ce qui n'est pas suffisamment clair a quelques chances d'être admiré. Cela rappelle la situation dans le célèbre conte d'Andersen sur les habits neufs du roi, pour lesquels la foule exprimait son admiration bien que ces vêtements fussent imaginaires. Mais il faut avoir, je pense, le courage de l'enfant qui s'écria naïvement que le roi était nu, c'est-à-dire dans notre cas, que le métier scientifique n'est ni meilleur, ni pire que les autres métiers.

J'assistais un jour à la soutenance d'une thèse de doctorat en entomologie. Le sujet en était : la description d'un insecte mal connu. L'ouvrage comportait quelques centaines de pages, avec des dessins et de belles photographies. C'était, sans aucun doute, le produit précieux de plusieurs années de travail minutieux. Mais posons-nous la question : «Quel est l'effort intellectuel du candidat en doctorat ?»

Prenons, d'autre part, un poste de télévision avec une panne inhabituelle et considérons le travail d'un technicien qui répare cet appareil, ou regar-

dans le travail d'un mécanicien qui répare une panne peu courante dans une voiture. J'ose dire que l'effort intellectuel de ces techniciens peut être bien supérieur à celui de notre chercheur.

Quant aux doctorats, on choisit souvent le sujet de la thèse de sorte qu'on sache d'avance qu'elle sera soutenable.

Bien sûr, il y a recherche et recherche. Il existe des thèses qui témoignent d'un apport intellectuel énorme de leurs auteurs : ainsi les travaux sur la radioactivité de Mme Curie qui pour sa thèse de doctorat a obtenu en 1903 le prix Nobel, ou les recherches théoriques de Louis de Broglie, qui dans sa thèse, aussi récompensée par le prix Nobel, en 1929, a préparé la naissance de la mécanique quantique, ou encore, la thèse de Jean Perrin, d'ailleurs également futur prix Nobel, sur les rayons cathodiques qui a conduit à la découverte de l'électron libre.

Il est vrai que le travail scientifique peut être une source d'une grande satisfaction pour le travailleur scientifique. Mais on peut aussi trouver d'intense joie et contentement dans n'importe quel métier pourvu qu'il soit bien choisi : il y a des grands Maîtres-couturiers, des coiffeurs renommés, ...

Les chercheurs actuellement en exercice, dans le monde entier, dépassent 90 % de l'ensemble des chercheurs ayant existé dans toute l'histoire de l'humanité, sans parler de personnels administratif et technique. Cela constitue plusieurs millions de personnes, un nombre équivalent à celui de la population entière d'un pays comme, par exemple la Suisse, et, peut-être, encore plus grand. Et ce nombre augmente constamment avec le développement et la multiplication des institutions scientifiques.

La production scientifique trouve le reflet dans la littérature. Je donnerai comme exemple, la chimie, domaine qui m'est le plus proche.

D'abord, il faut indiquer, ce qui n'est pas, probablement, le cas dans des disciplines non scientifiques, qu'une publication *originale* en chimie (et également en physique) n'est pas, en général, un livre mais un court article (mémoire ou note) dans un périodique spécialisé. En France, par exemple, on peut citer : «Bulletin de la Société Chimique de France» (deux séries), «Journal de Chimie Physique», une série de «Comptes rendus des séances de l'Académie des Sciences», «Revue de Chimie Minérale», ou «Nouveau Journal de Chimie» fondé il y a quelques années. Un tel article doit être le plus condensé possible : sa longueur est, en général, de deux à six pages imprimées et rarement dépasse dix pages. Il ne peut présenter que des résultats *nouveaux* : la description de la synthèse d'un composé nouveau et de ses propriétés, la description des propriétés inconnues d'un corps connu, la démonstration expérimentale ou théorique d'une structure, la description d'un phénomène nouveau, la découverte d'une relation entre certaines grandeurs, l'étude de l'influence de certains facteurs sur le déroulement d'une réaction chimique, la vérification expérimentale d'une prévision théorique, le calcul théorique d'une grandeur mesurable directement etc ... Les détails historiques, description de techniques ou de modes opératoires déjà connus, démonstrations de formules classiques, figures

ou tableaux superflus doivent être rejetés. Si on a utilisé un appareillage ou une méthode de calcul déjà décrits on ne donne que les références à la littérature en se limitant dans l'article aux résultats des mesures ou des calculs. Les références, rangées dans l'ordre de citation, sont réduites au minimum nécessaire pour retrouver les sources citées. Les références contiennent uniquement : les noms des auteurs avec les initiales de prénoms, l'abréviation du titre du périodique conformément aux règles internationales (le titre d'article est supprimé), l'année de publication, le numéro du tome et la première page de l'article. Dans de telles conditions, strictement exigées par les rédactions, il suffit de quelques pages pour décrire des contributions scientifiques substantielles.

La totalité de la littérature chimique mondiale est depuis 75 ans analysée par le journal hebdomadaire «Chemical Abstracts» édité par The American Chemical Society. Les fascicules de 1907, la première année de parution, renferme ensemble un peu moins de 12 000 extraits. Aujourd'hui ce journal analyse 12 000 revues chimiques en 50 langues éditées en 150 pays. Chaque numéro hebdomadaire renferme environ 9 000 courts extraits, c'est-à-dire qu'on analyse plus d'un demi-million de publications annuellement. La 9 millionième analyse a été publiée cette année. Cet énorme travail est fait par 12 000 personnes occupées à plein temps dans deux grands bâtiments près de l'Ohio State University à Columbus, sans parler de plusieurs milliers de collaborateurs bénévoles, en particulier au Japon et en Pologne. Actuellement, les analyses remplissent 35 000 pages auxquelles il faut ajouter 8 000 pages d'index hebdomadaires et 30 000 pages des index des volumes qui paraissent tous les six mois. Le prix d'abonnement pour 1982 est de 37 540,48 F.

Les données ci-dessus illustrent l'avalanche des publications scientifiques en chimie. La même situation existe en physique. En sciences biologiques et en médecine il y a encore plus de publications. La nécessité de publier les résultats scientifiques, dont le nombre croît vertigineusement d'année en année, provoque l'accroissement constant du nombre de périodiques et des travaux qui y sont publiés. A cette tendance, liée au progrès de la recherche scientifique, s'ajoute le gonflement supplémentaire, inutile et même nuisible de la masse documentaire. Il faut le dire nettement. L'enfant dans le conte d'Andersen a constaté que le roi était nu, mais peut-être qu'il était, en plus, mal lavé.

On peut rassembler dans une publication plusieurs résultats proches ou, inversement, on peut les publier séparément. Cette dernière façon d'enregistrer le travail scientifique est très en vogue actuellement. Ce phénomène est surtout une conséquence de la condition de promotion du chercheur : c'est la quantité de ses publications qui joue le rôle déterminant, presque sans tenir compte de leur valeur. Seuls les grands savants peuvent se permettre de publier peu. Ainsi, le principe d'exclusion, qui représente une des bases de la mécanique quantique, ne fut, à ma connaissance, jamais publié par Pauli sous forme séparée. Les travailleurs scientifiques modestes, eux, doivent beaucoup publier pour défendre leur position hiérarchique, pour justifier leur salaire. Alors ils publient des résultats partiels, des résultats sans aucune importance et aussi des ... pseudo-résultats, sans oublier, dans certains cas, même une fraude délibérée.

Quelqu'un peut publier un résultat faux. Il peut faire ensuite une deuxième publication où il annule les résultats précédents. Il y a donc deux publications sans aucun résultat. Mais si l'auteur est suffisamment entreprenant, il fait précéder le premier article d'une note préliminaire. On peut encore améliorer le «rendement» en publiant l'histoire du problème. Donc dans «l'acquis scientifique», ou plus précisément, dans la liste de publications de ce chercheur, figureront quatre publications bien qu'il n'ait contribué en rien dans l'avancement de la science. On peut, enfin, publier, à plusieurs reprises le même travail dans différents journaux, dans différents pays.

Le nombre des publications ne peut donc être considéré comme un seul indice caractérisant véritablement l'efficacité de la recherche. On propose alors d'apprécier la valeur d'un scientifique d'après le nombre, dans la littérature scientifique, de références à ses publications. Mais cette «mesure» quantitative ne vaut guère mieux. Il y a divers genres de citations, même sans parler d'auto-citations. Il suffit de constater qu'on cite un travail, par exemple, pour indiquer qu'il est ... faux.

Dans le jeu de la recherche il existe toujours un doute quand on entreprend une étude. La recherche est toujours une surprise. Dans certains cas, le résultat peut être obtenu très rapidement, même au bout de quelques semaines. Dans d'autres cas, on peut poursuivre sa recherche plusieurs années sans résultat. Et si le chercheur n'était pas pressé par les exigences décrites, il ne publierait que lorsqu'il aurait vraiment quelque chose à dire.

Des papiers préparés hâtivement sont souvent mal élaborés. On publie les informations qui après s'avèrent inexactes. Par exemple, dans le domaine des particules élémentaires, de temps en temps, on annonce la découverte d'une nouvelle particule dont l'existence n'est pas confirmée par la suite. Mais cette particule fautive permet la soutenance de quelques thèses de doctorat et tombe ensuite dans l'oubli bien mérité.

Quand on lit superficiellement un journal scientifique, on ne soupçonne pas combien d'inexactitudes, combien de contradictions, de fautes de calcul se trouvent dans cette revue. Si l'on «pioche» un article touchant de près son propre domaine, alors tous ces défauts apparaissent. Ainsi, j'ai trouvé de tels défauts même dans des journaux de grand renom, même dans des mémoires provenant de laboratoires confirmés. Certains auteurs choisissent dans la constellation des points représentant, sur les graphiques, les résultats expérimentaux, ceux des points qui permettent de tracer la courbe attendue. Cette pratique est souvent fondée sur un nouveau «théorème mathématique» : on peut tracer une droite par trois points quelconques, à condition qu'elle soit suffisamment large. On trouve ce que l'on a envie de voir.

Parallèlement à l'explosion des publications dans les journaux scientifiques, on assiste à une augmentation toujours plus grande du nombre de congrès, conférences, symposiums, séminaires, colloques ... Chacun sait bien que la science ne se fait pas dans les conférences. Reconnaissons pourtant que celles-ci sont utiles comme moyen d'information et possibilité de contacts

personnels, souvent même comme une seule possibilité de rencontrer des collègues ... de la même université. Certaines discussions de congrès peuvent naturellement féconder la recherche scientifique. Mais les réunions sont trop nombreuses et certains chercheurs ont tendance à remplacer l'activité scientifique par le tourisme «scientifique». Cette forme d'activité apporte sa quote part à la littérature : ce sont les comptes rendus des congrès ... et la quantité de papier imprimé, souvent inutilement, augmente, au détriment des forêts en péril.

Comment le chercheur peut-il se débrouiller devant cet énorme flot d'informations scientifiques ? Il est placé devant le dilemme : tout lire et ne plus avoir de temps pour sa propre recherche ou chercher sans trop savoir ce qui se fait ailleurs. La recherche scientifique est donc menacée d'étouffement par sa propre production, par sa littérature. Naturellement, l'emploi de l'ordinateur pour stockage et restitution du contenu des publications peut améliorer un peu la situation. Mais ce n'est pas le remède miracle contre la dégénérescence actuelle de l'organisation de la vie scientifique.

La recherche scientifique exige des dirigeants compétents, des chercheurs avec l'esprit créatif, avec la faculté inventive, mais aussi, comme nous l'avons déjà mentionné, des simples exécutants, dans plusieurs cas, on peut même parler d'ouvriers spécialisés de la science. Si cette dernière catégorie, la plus nombreuse, des gens exerçant le métier de chercheur n'est pas obligée d'avoir des qualités particulières, les responsables de la recherche doivent être, au contraire, sélectionnés très sévèrement. La carrière d'un scientifique n'est pas toujours liée à son succès dans la recherche.

Quelles caractéristiques doit manifester un chercheur qui dirige une équipe ? Le chimiste connu, Paul Walden, dans un de ses livres sur l'histoire de la chimie, en réponse à cette question, énumère cinq qualités commençant en allemand par la lettre «G» :

- 1 - Geist (esprit, intellect) ;
- 2 - Geduld (patience, ce qui dans ce cas signifie également un grand effort, un travail) ;
- 3 - Genauigkeit (rigueur, précision, exactitude) ;
- 4 - Glück (chance) ;
- 5 - Geld (argent) ;

Tous ces facteurs sont en effet nécessaires dans le travail scientifique créatif. Analysons les dans l'ordre inverse.

Condition 5

Boyle, Cavendish, Lavoisier, Laplace étaient riches, ce qui leur donnait la possibilité de réaliser leurs recherches. La science contemporaine exige des dispositifs et des matériaux encore plus coûteux qu'on ne peut obtenir sans des moyens financiers importants.

Condition 4

Avoir un peu de chance n'est jamais un handicap. Mais il ne faut pas exagérer l'importance du hasard dans la recherche. On soulève parfois le rôle prétendu décisif du hasard dans la découverte des rayons X par Röntgen. Mais il suffit de lire attentivement sa première communication sur ce sujet pour apprécier la maîtrise de ses expériences, la profondeur et la rigueur de son raisonnement. Sans ces qualités du savant, la faible fluorescence de quelques cristaux de BaPt (CN)₄ placés à côté de son dispositif pour les rayons cathodiques ne pouvait conduire à la découverte des rayons X. Le psychologue américain, Hugo Muensterberg, a remarqué à ce propos : «Il y avait beaucoup d'effets galvaniques de par le monde, avant que Galvani ait vu, par hasard, les contractions d'une patte de grenouille sur un fil de fer. Le monde est toujours plein de pareils hasards. Seuls les Galvani et les Röntgen sont rares». «Le hasard — a dit Pasteur — n'aide que les esprits bien préparés».

Condition 3

La rigueur dans le travail scientifique n'a pas besoin de justification.

Condition 2

Sans travail et ténacité il n'y a pas de recherche. Rappelons que Pierre et Marie Curie pour obtenir un décigramme de chlorure de radium, à partir de plusieurs tonnes de résidus d'extraction de l'uranium de la pechblende de Yachymov, ont eu besoin de quatre ans de travail opiniâtre dans des conditions d'ailleurs très pénibles. Le célèbre inventeur américain, Thomas Alva Edison, pour réaliser en 1879 la première lampe à incandescence pratique, avait travaillé plusieurs années. D'abord, il avait compris qu'il fallait faire le vide dans l'ampoule. Mais les pompes existant à l'époque ne pouvaient pas donner le vide nécessaire. Edison commença donc par le travail d'amélioration de la pompe. Ensuite, il essaya, avec ses collaborateurs, six mille matériaux différents pour le fil avant de choisir la fibre de bambou carbonisé. Ses notes sur ce sujet occupent quarante mille pages dans deux cents gros cahiers. Pour créer l'accumulateur fer-nickel, Edison a effectué cinquante mille expériences différentes. Les nombreuses inventions importantes d'Edison seraient impossibles sans son inaltérable ténacité et sans sa puissance extraordinaire de travail. Il travaillait sans aucun souci de sa famille, vingt quatre heures sur vingt quatre ; il mangeait à sa table de laboratoire et il y couchait avec quelques livres sous la tête. On attribue à Edison les mots suivants : «A une invention géniale contribuent 1 % de l'intellect et de l'inspiration et 99 % du travail à la sueur de son front».

Condition 1

Cet 1 % de l'intellect est quand même indispensable. On ne peut pas remplacer le talent ou, au moins, la capacité intellectuelle, ce capital de la «matière grise», par d'autres qualités. Le pouvoir du raisonnement efficace, l'intuition et l'imagination créative sont nécessaires pour pouvoir élaborer des concepts théoriques stimulant d'expériences qu'on n'effectuerait pas autrement. C'est juste la force d'imagination qui rapproche la science de l'art. Entre parenthèses, on conteste souvent l'utilité de la recherche fondamentale qui

n'aura, peut-être, pas d'applications économiques et, en même temps, on accepte l'activité artistique sans but pratique. Pourquoi se demander à quoi sert la recherche des galaxies éloignées et ne pas poser, en même temps, la question : «A quoi servent la poésie, la peinture, la symphonie musicale ... ?» L'aventure scientifique peut être aussi merveilleuse ; elle peut aussi être une source de satisfaction esthétique : c'est une autre forme de beauté. La recherche scientifique essaie de satisfaire notre curiosité, ce péché pour lequel Adam et Eve, dans l'Ancien Testament, ont été chassés du paradis. Le chercheur véritable doit posséder la faculté d'étonnement et d'émerveillement. Il doit garder intacte une certaine naïveté d'enfant avec ses questions sans cesse répétées «pourquoi ?» et, de plus, avoir la riche expérience d'un homme mûr. Entre parenthèses, le contact d'un chercheur avec l'enseignement est très bénéfique pour la productivité de recherche ; mais il faut ajouter que *sans la participation à la recherche on ne peut pas faire d'enseignement supérieur digne de ce nom.*

Très nombreux sont les chercheurs qui remplissent plus ou moins les conditions indiquées. Beaucoup de laboratoires dirigés par de tels gens font progresser la science. Mais il y a également des laboratoires qui, abusant de la liberté de recherche, au lieu de faire la recherche véritable, font semblant d'effectuer des recherches. N'ayant pas de préparation nécessaire et surtout, sans l'initiative créative, alors sans un programme valable de recherche comportant des questions à résoudre, on étudie n'importe quoi. «Certains semblent croire —écrit François Jacob— que, pour avoir une démarche scientifique, il suffit de mesurer n'importe quoi, puis d'enfourner les valeurs ainsi obtenues dans un ordinateur». Par conséquent, on fournit des résultats sans valeur et, même s'ils sont exacts, n'ayant aucune importance. C'est une conséquence inévitable de la croissance constante de l'ampleur de la recherche scientifique et du nombre de chercheurs.

N'y a-t-il donc pas trop de laboratoires et trop de chercheurs ? J'ose répondre par l'affirmative. On ne peut pas assainir complètement la vie scientifique sans supprimer l'excès parasitaire et consacrer les moyens économisés de cette façon à une recherche efficace. Mais, d'autre part, sans parler de difficultés de distinguer entre la recherche valable et la pseudo-recherche, il ne faut pas oublier que, dans le système social actuel, la recherche scientifique représente une partie du tissu économique de notre société et elle est également une source non négligeable d'emplois. Alors, sans la remise en cause des structures fondamentales de la société, il est trop délicat et hasardeux de vouloir toucher aux institutions scientifiques existantes. On peut quand même un peu améliorer la vie scientifique, surtout, par la réforme de l'enseignement supérieur, par la modification des conditions de promotion des travailleurs scientifiques et par la sélection plus stricte à l'accès aux postes de direction qui doivent être réservés uniquement à ceux qui ont vraiment les capacités pour occuper un tel emploi. Mais ce n'est pas du tout facile.

En tout cas, ce n'est pas par les décrets ou circulaires ministériels qui obligent les universitaires d'être présents dans les établissements durant les trente neuf heures réglementaires par semaine ou qui limitent à douze ans la

durée du mandat de direction d'unités de recherche, qu'on peut faire avancer la recherche scientifique. La seule présence sur le lieu de travail n'est pas la même chose que le travail de recherche. En ce qui concerne la durée de direction, même une année est trop longue pour un mauvais directeur et vingt ans sont trop courts pour un bon. Ernest Rutherford, dirigeant pendant une trentaine d'années son laboratoire, avait, par conséquent, la possibilité de créer les fondements de la physique nucléaire et former plusieurs prix Nobel. Madame Curie a aussi, pendant une trentaine d'années, dirigé un laboratoire créant à Paris l'école française de recherches sur la radioactivité. Heureusement pour la science, aucun décret n'a obligé ni Rutherford, ni Madame Curie à céder leur direction d'équipe à quelqu'un d'autre. La rigidité administrative ne favorise guère la création de grandes écoles de la pensée scientifique. C'est plutôt la souplesse qui est nécessaire.

BIBLIOGRAPHIE

J. HURWIC :

«Uwagi o eksplozji publikacyjnej w nauce», in : *Problemy Epistemologii Pragmatycznej*, Ed. Ossolineum, Wrocław - Warszawa - Kraków - Gdansk, 1972, p. 207.

T. BAYARD et B. THIRJET :

«Actualité et devenir de la documentation en chimie», *Informations Chimie*, 1973, N. 126, p. 195.

H. GASTAUD :

«Publier moins et mieux», *Le Monde (de la Médecine)*, 19 décembre 1973.

J. HURWIC :

«Causes et conséquences de l'avalanche des publications scientifiques», *Les cahiers de Séminaire d'Histoire et Sociologie des Idées et des Faits Scientifiques*, N. 2, Ed. Université de Provence, Marseille, 1974.

J. HURWIC :

«Le chimiste et la littérature chimique», *L'Actualité Chimique*, 1975, N. 1, p. 5.

J. HURWIC :

«Rôle des concepts théoriques dans la recherche expérimentale (esquisse historico-épistémologique)», *Ibid.*, 1975, N. 8, p. 5.

F. JACOB :

«Sexualité et diversité humaine, III», *Le Monde*, 11-12 février 1979.

M. CHAMARD :

«Anatomie de la recherche», *Valeurs Actuelles*, 21 avril 1980.

J. HURWIC :

«The profession of science», *Scientific World*, 1981, vol. 25, N. 1, p. 8.

W.-J. BROAD :

«The publishing Game : Getting More for Less», *Science*, 1981, vol. 211, p. 1137.

Documentation :

«Chemical Abstracts a 75 ans», *L'Actualité Chimique*, 1982, N. 7, p. 25.

C. FRÉJACQUES :

«Vers une remontée de nos publications scientifiques», Ibid., 1982,
N. 8, p. 11.

J.-L. RIVAIL :

«La recherche et la *Galaxie Gutenberg*», Ibid., 1982, N. 8, p. 15.

W.-J. BROAD :

«Journals : Fearing the Electronic Future» Science, 1982, vol. 216, p. 964.

FACULTÉ DE DROIT ET DE
SCIENCE POLITIQUE
D'AIX-MARSEILLE

FICHE DE LECTURE N. 16

CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Université de Droit, d'Économie
et des Sciences d'Aix-Marseille

NOTE DE LECTURE

TITRE : **RADIOSCOPIE DES ÉTATS-UNIS** (De la chute de Saïgon à la prise de Kaboul).

AUTEUR : J. GRAPIN. — Préface de S. HOFMANN.
Calmann-Lévy . Paris . 1980 . 353 pages.

THEME PRINCIPAL

Présentation des activités américaines (économiques et politiques) dans le monde. Étude de la place et du rôle des États-Unis depuis la 2e guerre mondiale et de leurs tendances futures.

Livre «américanophile» par la méthode (très inspirée du journalisme américain) comme par le fond. Les grandes idées sont justifiées par l'anecdote intimiste ; les statistiques économiques, les enquêtes d'opinion et la psychologie intuitive sont très souvent utilisées.

L'auteur s'efforce de présenter un tableau objectif pour mieux fournir des raisons d'accepter les américains tels qu'ils sont et peut-être de les aider à vaincre leur narcissisme. Les États-Unis restent le moteur de l'économie occidentale et les seuls en mesure de protéger l'Europe contre les risques d'une guerre européenne lancée par l'U. R. S. S., contre le formidable potentiel chinois en devenir, contre les divisions mêmes des Européens.

Vision européenne atlantiste des problèmes mondiaux.

MOTS-CLÉS

- | | |
|--|---|
| ALLIÉS : p. 43 s., 39 s. | INVESTISSEMENTS : p. 278 s. |
| CHINE : p. 211 s. | ISOLATIONNISME : p. 195, 255 s., 343. |
| CONTRADICTIONS : p. 101 s., 239 s. | JAPON : p. 213 s. |
| CONTRE-CULTURE : p. 98, 105. | LIBÉRALISME : p. 213 s. |
| CROYANCES : p. 145, 248 s. | MONNAIE : p. 41 s., 284 s. |
| DÉCADENCE : p. 325 s. | MORALE : p. 119, 248 s. |
| DÉFICIT : COMMERCE EXTÉRIEUR : p. 285 s. | PAUVRETÉ : p. 186 s. |
| DIPLOMATIE : p. 149 s., 288 s. | SÉCURITÉ : p. 80 s., 145 s. |
| DOLLARS : p. 42. | SOCIÉTÉ : p. 109 s. |
| DOMINATION : p. 23 s., 169 s. | SYSTEME POLITIQUE : p. 65 s., 335 s. |
| ÉGALITÉ : p. 110 s. | TIERS-MONDE : p. 185 s. |
| ÉNERGIE : p. 76 s., 296 s., 338 s. | URBANISME : p. 123 s. |
| EUROPE : p. 280 s., 301 s., 306 s., 325 s. | U. R. S. S. : p. 151 s., 163 s., 176 s., 337 s. |
| GUERRE : p. 27 s., 149 s., 337. | VIEILLESSE : p. 96. |
| IMPÉRIALISME : p. 36 s., 247 s., 275 s. | POPULATION : p. 189, 205. |
| INTELLECTUEL : p. 280 s. | |

PLAN

PREMIERE PARTIE : BILAN DE LA DOMINATION MONDIALE

- CHAPITRE I – LES COMPTES ÉCONOMIQUES
 CHAPITRE II – NORMALISER LES RAPPORTS AVEC LES ALLIÉS
 CHAPITRE III – TROUVER UN NOUVEL ÉQUILIBRE POLITIQUE

DEUXIEME PARTIE : PRIORITÉ AU CONSENSUS NATIONAL

- CHAPITRE I – ASSIMILER LA CONTESTATION
 CHAPITRE II – SOIGNER LES MALADIES DE SOCIÉTÉ
 CHAPITRE III – INVENTER UNE NOUVELLE ÉCONOMIE POLITIQUE

TROISIEME PARTIE : LOGIQUE DE LA PROTECTION

- CHAPITRE I – L'HYPOTHESE SOCIÉTIQUE
 CHAPITRE II – LE SOULEVEMENT DES PAUVRES
 CHAPITRE III – LA RENAISSANCE DE L'ASIE

QUATRIEME PARTIE : VERS UN NOUVEAU NATIONALISME

- CHAPITRE I – L'IMPÉRIALISME REVU ET CORRIGÉ
 CHAPITRE II – UN NATIONAL-MONDIALISME
 CHAPITRE III – DEUX PROVOCATIONS POUR L'EUROPE

CONCLUSION : QUEL JEU OCCIDENTAL ?

APPORT BIBLIOGRAPHIQUE :

- * *Daniel BELL* - Les contradictions culturelles du capitalisme, PUF, Paris, 1979.
- * *André RESZLER* - L'intellectuel contre l'Europe, PUF, Paris, 1976.
- * *Oswald SPENGLER* - Le déclin de l'Occident, Esquisse d'une morphologie de l'histoire universelle, Gallimard, 1948 (1ère édit. 1917).

EXTRAITS

p. 21 : « Accepter ces contradictions est la première démarche à faire pour comprendre le peuple américain ... voilà pourquoi l'Amérique me fascine. Parce qu'elle porte des valeurs contradictoires sans lesquelles il me semble impossible de continuer à vivre vraiment ».

p. 100 , « Plus que jamais, la société américaine reste centrée sur elle-même. On en veut pour preuve l'intérêt assez faible du public américain pour les « produits » culturels étrangers quels qu'ils soient et en particulier le cinéma ... L'amérique va au cinéma pour se voir elle-même, indéfiniment répétée, avec ses mythes vieillis du Far West ou de l'Ancien Sud et ses nouveaux problèmes de drogue, de races, de criminalité. Peut-être n'a-t-elle pas eu encore le temps de digérer sa propre multiplicité. A moins que ça ne soit là l'une de ses défenses naturelle ».

p. 248 : « Le besoin américain de « croire » dépasse l'imagination de presque tout le reste du monde, et en particulier celle des Européens ... Une sorte de « religion civile » constitue l'un des cients de la nation américaine, qui accepte par ailleurs toutes les croyances religieuses ».

p. 149 : « C'est donc sur une rupture avec l'histoire que s'est fondée la déclaration d'indépendance, et « le commencement absolu » fait partie des mythes sur lesquels l'Amérique assoie son existence morale ».

p. 326 : « L'Europe transforme son déclin en durée, et elle y trouve son génie ».

p. 328 : « ... Si l'Amérique reste « le leader » de l'économie mondiale, il n'en reste pas moins que l'Europe est redevenue le centre de gravité commerciale du monde et le point de passage des échanges de la plupart des autres nations.

FACULTÉ DE DROIT ET DE
SCIENCE POLITIQUE
D'AIX-MARSEILLE

FICHE DE LECTURE N. 17

CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

Université de Droit, d'Économie
et des Sciences d'Aix-Marseille

NOTE DE LECTURE

TITRE : LA STRUCTURE DES RÉVOLUTIONS SCIENTIFIQUES
(1962-1970)

AUTEUR : Thomas S. KUHN — Traduction Laure MEYER - Flammarion - 1983.

THEME PRINCIPAL

L'apparition et les changements des paradigmes scientifiques.

Distinction de la science normale et de la science extraordinaire.

Fonction des paradigmes : restriction et focalisation des recherches. Résistance à l'innovation (p. 99, 113).

Notions d'anomalies, de crises, d'énigmes, de progrès scientifiques.

APPORT BIBLIOGRAPHIQUE

- * *St CAVELL* - Must we mean What we say ? New York, 1969.
- * *B. BERBER* - Resistance by scientists to scientific discovery, Science CXXXIV (1961), p. 596.
- * *N. GOODMAN* - The structure of appearance, Cambridge, 1951.
- * *T. S. KUHN* - The essential tension : tradition and innovation in scientific research, The Third (1959), Univ. Utah, Salt lake city, 1959.

MOTS-CLÉS

ACCUMULATION DES CONNAISSANCES : p. 18, 133, 138-139, 154.

ADHÉSION : p. 249-250.

ANOMALIE : p. 12, 12, 23, 83, 89, 99, 101, 119 et s., 139-140.

CAS-LIMITE : p. 146.

CIVILISATION : p. 229, 262.

COMMUNAUTÉ SCIENTIFIQUE : p. 9, 21, 79, 94, 214, 224 et s., 239 et s.

CONNAISSANCE : p. 266.

CONTRE-EXEMPLE : p. 117 et s.

CONTROVERSE : p. 11, 24, 78, 135, 223-224, 241, 245, 269.

CRISE : p. 100 et s., 102, 102, 111, 112, 123 et s., 128 et s., 247.

DÉCOUVERTE : p. 85 et s., not. p. 98.

DONNE : p. 178, 265.

ÉCOLES : p. 223-224, 241.

ÉLIMINATION (REJET) DES THÉORIES (PARADIGMES) : p. 26, 39, 47, 114 et s.

ERREUR : p. 19, 21, 118, 145, 170, 197, 205, 208, 209, 270.

ESTHÉTIQUE : p. 213 et s., 253.

GÉNÉRALISATION SYMBOLIQUE : p. 248, 254 et s.

- HASARD : p. 127, 128, 129, 139.
 HOMME DE SCIENCE : p. 40, 69, 218, 271.
 IDENTIFICATION : p. 74.
 JEUNES CHERCHEURS (ET NON-SPECIALISTES) : p. 131, 185, 199, 208, 227, 275.
 MANUELS (ENSEIGNEMENT) : p. 17, 18, 25, 29, 41, 71, 76, 80, 118, 190, 191, 225 et s.,
 254, 257.
 MATRICE DISCIPLINAIRE : p. 248.
 MODELE : p. 74, 31.
 NEUTRALITÉ : p. 176, 201, 271.
 PARADIGME : p. 11, 13, 29, 30, 45, 63, 71 et s. Passim, p. 148, 155, 239 et s.
 PERCEPTION : p. 96 et s., 264 et s., 176, 160.
 PERSUASION : p. 203 et s., not. 215, 269.
 PERTES : p. 228, 231-232.
 PHILOSOPHIE : p. 128.
 PREMIER PARADIGME : p. 29 et s., 32, 33, 38, 39, 223 et s., 243.
 PROGRES SCIENTIFIQUE : p. 144, 219 et s., 232, 279.
 RAISONNEMENT CIRCULAIRE : p. 136, 281-282.
 RECHERCHES (TYPES) : p. 59, 83.
 RESTRICTION DE LA PERCEPTION SCIENTIFIQUE : p. 39, 47, 61, 83, 93, 98, 247.
 RÉVOLUTIONS SCIENTIFIQUES : Passim, p. 23 (définition), 124, 133, 246.
 SCIENCES HUMAINES : p. 35, 41, 42, 170, 219, 282.
 SOCIOLOGIE DES SCIENTIFIQUES : p. 9, 26.
 SYMPTOMES DE CRISE : p. 106, 108, 132.
 TRADITION SCIENTIFIQUE : Passim, p.189 et s.
 THÉORIE . p. 83, 87, 100 et s., 176, 196.
 VALEURS : p. 251, 271, 278.
 VÉRIFICATION : p. 200 et s.

PLAN

INTRODUCTION – UN ROLE POUR L'HISTOIRE	17
CHAPITRE I – L'ACHEMINEMENT VERS LA SCIENCE NORMALE	29
CHAPITRE II – LA NATURE DE LA SCIENCE NORMALE	45
CHAPITRE III – LA SCIENCE NORMALE . RÉOLUTION DES ÉNIGMES	60
CHAPITRE IV – PRIORITÉ DES PARADIGMES	71
CHAPITRE V – ANOMALIE ET APPARITION DES DÉCOUVERTES SCIENTIFIQUES	82
CHAPITRE VI – CRISE ET APPARITION DES THÉORIES SCIENTIFIQUES	100
CHAPITRE VII – RÉPONSE A LA CRISE	114
CHAPITRE VIII – NATURE ET NECESSITÉ DES RÉVOLUTIONS SCIENTIFIQUES	133
CHAPITRE IX – LES RÉVOLUTIONS COMME TRANSFORMATION DANS LA VISION DU MONDE	157
CHAPITRE X – CARACTERE INVISIBLE DES RÉVOLUTIONS	189
CHAPITRE XI – LA RÉVOLUTION, FACTEUR DE PROGRES	219
POSTFACE	237

EXTRAITS

p. 31 : «L'acquisition d'un paradigme et des types plus ésotériques de recherche qu'il permet est un signe de maturité dans le développement de n'importe quel domaine scientifique donné».

p. 47 : «La science normale possède un mécanisme inhérent qui tend à relâcher les restrictions qui limitent la recherche chaque fois que le paradigme dont elles dérivent cesse de fonctionner efficacement».

p. 83 : «Le fait nouveau n'est pas tout à fait un fait scientifique».

p. 87 : «Observation et conceptualisation, fait et assimilation à une théorie, sont inséparablement liés dans la découverte».

p. 98 : «... Pourquoi la science normale, cette entreprise qui n'est pas dirigée vers les nouveautés et tend d'abord à les supprimer, se révèle néanmoins si efficace pour les amener à la lumière».

p. 172 : «Les paradigmes ne sont absolument pas corrigibles par les moyens de la science normale».

p. 192 : «La dépréciation du fait historique est profondément et sans doute fonctionnellement intégrée à l'idéologie de la profession scientifique».

p. 260 : «La nature et les termes s'apprennent ensemble».

R. R. J. 1983
Pages 183 à 213

ÉTUDES



EBAUCHE D'UNE THÉORIE JURIDIQUE DE L'INFORMATION *

Par M. Pierre CATALA

Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales
de Paris (Paris II)

1 — L'ampleur des produits et des services nouveaux, qui gravitent autour de l'information et s'offrent à la consommation des cerveaux, interpelle aujourd'hui le législateur. Rencontres et travaux scientifiques se multiplient en tous lieux, pour constater l'apparition d'un «droit de l'informatique», voire de la «télématique», et pour en suggérer le renforcement (1).

Mais l'informatique et la télématique demeurent tributaires d'une technologie en constant devenir. Aussi les problèmes de droit qu'elles proposent à la sagacité des juristes, sont-ils sous la dépendance de données techniques mouvantes. Si ces problèmes peuvent être réglés par voie de conventions, celles-ci sauront sans doute s'adapter à l'évolution des matériels et des systèmes. Si, au contraire, les possibilités du contrat se révèlent insuffisantes et qu'il faille légiférer, comme beaucoup le pensent désormais, tout porte à craindre les malfaçons du législateur.

Comment éviter, en effet, que la réponse de la Loi au défi électronique ne s'élabore dans le désordre, sous forme de réglementations mal coordonnées, minutieuses à l'excès et cependant parcellaires, attelées au progrès scienti-

* Cette étude développe les réflexions présentées oralement le 12 mai 1982 lors des Deuxièmes Entretiens du Droit de l'Informatique de Nanterre.

(1) Pour s'en tenir à quelques manifestations significatives récentes, dans l'ordre national, on relèvera notamment : L'information et le droit commercial, Colloque de l'Association Droit et Commerce, Deauville, 1979, Revue de jurisprudence commerciale, novembre 1979. - Le droit d'auteur et les banques de données, Colloque de l'ADII, Versailles, 1980. - Informatique et droit pénal, XIIIe Journée d'Études de l'Institut des Sciences Criminelles de Poitiers, Ed. Cujas. - Actes du Congrès «Informatique et Société», La Documentation française, Paris, 1980. - L'émergence du droit de l'informatique, Deuxièmes entretiens du Droit de l'Informatique de Nanterre, mai 1982. Dans l'ordre international, il serait très difficile de procéder à un recensement systématique. Plusieurs organismes travaillent régulièrement sur ce type de problèmes : Conseil de l'Europe, C. E. E., O. C. D. E., I. B. I. (Bureau Intergouvernemental pour l'Informatique) dont on mentionnera, parmi les documents récents : Considérations pour l'étude du droit de l'informatique, D. R. 01, juin 1981 et Programme pour une étude globale des aspects constitutifs d'un système de droit de l'informatique, D. R. 02, année 1982. - Les travaux de la VIIe section du XIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, qui s'est tenu à Caracas en août 1982, ont eu pour thème : «Protection des libertés individuelles et informatique» (V. Knapp) et «La modification du droit sous l'influence de l'informatique» (H. Maisl et J. Huet). Les aspects de droit privé de cette modification ont donné lieu à une publication de J. Huet : JCP 1982, éd. C I, II, 13871.

fique et, comme lui, sans cesse remises en question, oubliées enfin de quelques vérités permanentes auxquelles pourraient s'attacher des règles stables ?

2 - En d'autres domaines, l'expérience montre que le droit s'est formé à partir d'une notion fondamentale et de quelques principes, autour desquels sont venues s'articuler des législations spécifiques. Pour retenir deux exemples entre mille, il est clair que les textes relatifs aux immeubles et aux sociétés se diversifient sans cesse à partir d'un tronc commun bien identifié. Quand la complexité s'édifie ainsi par arborescence, le danger d'incohérence entre plusieurs des sous-ensembles n'est pas tout à fait écarté, mais il est certainement reporté à des distances plus rassurantes. Le moment paraît dès lors venu de formuler les définitions, les idées essentielles qui pourraient ordonner la *lex ferenda* d'une société informatisée, avant qu'une végétation spontanée de règles n'obscurcisse irrémédiablement le terrain.

A cette fin, il faut que la pensée, fidèle au discours de la méthode, se tourne vers ce qu'il y a de plus général, voire de plus abstrait. Or, l'informatique ayant pour fonction de traiter l'information et la télématique de la déplacer, ces deux disciplines opèrent sur un dénominateur commun, l'information, qui devrait logiquement se retrouver au cœur de toutes les difficultés juridiques qu'elles suscitent. D'où l'hypothèse qu'une théorie juridique de l'information pourrait servir de socle au droit futur qu'appellent ses transformations et ses transferts (2).

3 - Posons en premier postulat que l'information est un bien susceptible d'appropriation. Sa vocation naturelle est de posséder, sauf exception, une valeur patrimoniale. Quand le commerce n'en est pas interdit, l'information est un bien marchand dont le prix se détermine par les lois du marché. Les agences de presse font profession de la vendre, ainsi que tout organisme spécialisé dans le renseignement. De façon plus diffuse, mais aussi plus générale, les devoirs de conseil et autres obligations de renseignement qui parsèment le champ contractuel ont pour objet une information spécifique, due par le sachant à son partenaire. Plus que jamais, dans une société dominée par la technique, le savoir est un ressort convoité de la puissance ; cette réalité donne sa valeur à l'information, véhicule du savoir. Il n'est donc pas surprenant que la demande, ici, précède parfois l'offre, que l'on propose une somme d'argent pour une masse de données (le fichier-clientèle d'Électricité de France, par exemple...) qui n'ont pas été amassées en vue de la vente.

(2) Quelques auteurs ont récemment senti la nécessité de réfléchir au régime juridique de l'information, en premier M. Pierre Leclercq : *Essai sur le statut juridique des informations*, Ministère de la Justice, Paris, 1980. Comparer, du même auteur : *Réflexions sur « Technologies et Évolution du Droit »*, Contribution au rapport sur « Technologies et Société » préparé sous l'égide du Ministre délégué auprès du Premier Ministre (février-mars 1981). On se référera également à l'étude de M. Jean-Pierre Chamoux : *Impacts économiques et juridiques de l'information*, *Paradoxes*, 1982, p. 116 et suiv. Il existe, depuis le mois de novembre 1981, un groupe interministériel sur les problèmes juridiques posés par les technologies de l'information.

A travers les prestations des professionnels, l'information se présente souvent comme un service auquel on serait tenté de l'identifier. Il ne faut pourtant pas s'en tenir à cette apparence occasionnelle. L'information ne se ramène ni à l'objet qui la porte ni au geste qui la communique, elle a une réalité intrinsèque. Indépendante à la fois de son support matériel et de la prestation qui la délivre, l'information est un bien en soi, immatériel certes, mais constituant un produit autonome et antérieur à tous les services dont elle pourra être l'objet.

Si l'analyse du commerce auquel l'information donne lieu ne distingue pas toujours clairement le produit du service, c'est-à-dire le bien de la prestation, le droit pénal, lui, ne s'y trompe pas. En sanctionnant le vol d'une bande magnétique enregistrée, ce n'est pas la soustraction du support mais celle des données qu'il réprime, des données qui constituent la « chose » d'autrui, comme elles pourraient former la matière d'une escroquerie ou d'un abus de confiance. Le droit pénal encore, incriminant la fausse nouvelle (L. 29 juillet 1881, art. 27), considère la falsification de l'information comme celle d'un produit quelconque.

4 - De ce bien, dont l'importance culturelle, politique et économique est immense, les lois, pourtant, ne parlent guère. Celle du 29 juillet 1881 déclare libres la librairie et l'imprimerie et organise l'usage de cette liberté, mais sans définir son objet, comme si la notion d'information allait de soi. La loi du 6 janvier 1978 donne une image des informations nominatives ; les textes relatifs aux propriétés intellectuelles déterminent les œuvres et les inventions protégées ; mais ce sont là des informations de type particulier et non pas l'information en soi.

Pour la première fois, la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audio-visuelle vient d'avancer une définition générale — mais redondante — de l'information dans son article 1 qui parle « de sons, d'images, de documents, de données ou messages de toute nature ». Encore est-il que cette définition se trouve énoncée à propos de la communication (service) et non pas de l'information considérée en elle-même comme un objet. C'est cette dernière analyse qu'il faut essayer de creuser.

5 - Que ce donc que l'information ? Les dictionnaires disent que le verbe informer possède deux significations : donner forme, structure, signification, d'une part ; mettre au courant, faire part, instruire, d'autre part. Sans doute n'y a-t-il là que les deux étapes d'une unique fonction, le transfert des connaissances. L'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable ; elle est ensuite communiquée, ou peut l'être, à l'aide du signe choisi pour porter le message à autrui.

Cette analyse met l'accent sur l'expression, comme point de passage nécessaire du simple fait ou de l'idée à l'information. Le fait précède la donnée qui le dénomme. La pure idée abstraite n'est pas information avant d'être coulée en signes intelligibles ; dans le for interne de son auteur, elle échappe à toute emprise juridique, comme l'intention criminelle avant le commencement d'exécution. Ainsi, dans sa plus grande généralité sémantique, l'information est

un message quelconque. Son auteur est celui qui rend communicable le fait qu'il a perçu ou l'idée qu'il a conçue. En son premier état, l'information comporte un sujet de droit, son auteur, et un objet de droit, son contenu intelligible.

Cependant, s'il est de l'essence de l'information d'être communicable, il est dans sa nature d'être communiquée. Cette fonction met en scène un autre sujet de droit : le destinataire du message, individu isolé ou multitude, sujet passif ou interactif, mais en tout cas partenaire de la communication. Pour donner une image exacte de l'information, il faut aussi prendre en compte sa destination, et pas seulement sa genèse. Elle apparaît alors comme une relation juridique de transfert entre celui qui émet le message et celui qui le reçoit. Un peu à la manière du rapport obligatoire, cette relation unit deux personnes ou un plus grand nombre à propos d'un objet. Comme il arrive souvent dans la langue du droit, un même terme, l'information, désigne à la fois la relation interpersonnelle et sa matière.

6 - Cette analyse par éléments montre la fragilité du savoir dans les civilisations antérieures à l'écrit, de tradition orale, où l'information n'est transmise que par des messages évanescents et périt avec ceux qui l'ont en mémoire. Elle explique l'importance qu'eurent, tour à tour, la révolution qualitative de l'écriture substituant le signe au son sur un support non mortel, puis celle quantitative de l'imprimerie donnant à la précédente sa dimension universelle. Elle permet, enfin, de comprendre à la racine de ses causes le bond prodigieux, la véritable explosion de l'information depuis un siècle.

L'information, a-t-on dit, est successivement formulation et communication. Sous ces deux aspects, elle a besoin d'outils. Or, le progrès de la technologie a centuplé les outils qui lui sont disponibles.

Dans l'ordre de la formulation, tout est affaire de mesure et de langage. En même temps qu'ils inventaient les instruments de mesure les plus divers, qu'ils s'agisse d'espace, de volume ou de temps, de matière ou d'énergie, les hommes établissaient les unités de compte, les étalons, les mots et les signes propres à exprimer les conquêtes nouvelles du savoir. De façon parallèle, les procédés permettant de capter et de fixer l'image ou le son, accroissent immensément les capacités de collecte et de stockage, détruisant le monopole de l'écrit comme support de la connaissance communicable. Enfin, la possibilité de transformer et de retrouver les données par l'informatique, celle de les transmettre dans des conditions qui abolissent l'espace et le temps, bouleversent aujourd'hui l'autre terme de la communication, celui de la communication.

7 - Depuis un siècle, donc, l'information connaît un foisonnement inouï. A l'heure où l'on photographie les atomes et où l'on écoute les astres, il n'est pas faux de dire que l'information potentielle donne une idée de l'infini. Un regard plus analytique révèle que ces changements affectent les procédés de collecte, d'expression, de conservation et de communication, c'est-à-dire toute la chaîne qui va du recensement au transfert de la connaissance.

Or, dans ce tourbillon de techniques, la définition esquissée plus haut conserve sa validité. Aujourd'hui comme hier, l'article 1 du Droit de l'information pourrait toujours affirmer : «Tout message communicable à autrui par un moyen quelconque constitue une information». Pourquoi, dès lors, ne pas supposer que les principes propres à encadrer les corps de règles périphériques à l'information peuvent se déduire de ces éléments primaires dont la stabilité est avérée ?

Considérée dans son objet, l'information est produite par celui qui lui donne forme. Il n'est pas étonnant que tende à s'établir entre l'auteur et l'objet une relation de possédant à possédé, ressortissant au droit réel. On ne sera pas davantage surpris que cet objet initial, l'information originelle, se prête souvent à transport, dépôt, louage, transfert ... Ainsi naissent, changent, s'éteignent *des droits sur l'information*, dont on peut imaginer, à titre d'hypothèse, qu'ils relèvent des mécanismes du droit privé.

Considérée en fonction de sa destination et non plus de son objet, l'information apparaît promise à la communication, vouée à elle à peine de perdre sa raison d'être. Autrui est son but. La réalisation de ce but va donc créer une relation entre l'émetteur et le récepteur de l'information. Qui est le maître de ce rapport ? Le détenteur de l'information est-il fondé à la retenir au lieu de la communiquer ? Son destinataire potentiel est-il, au contraire, fondé à la réclamer comme un élément du savoir humain dû à chacun, au nom du droit de l'homme à la connaissance ? Dans cette mesure, on reconnaîtrait l'existence *d'un droit à l'information*, dont on pressent qu'il relèverait plutôt de l'esprit du droit public et aussi qu'il risque d'entrer en conflit avec les droits sur l'information.

DES DROITS SUR L'INFORMATION

8 - L'information est un bien créé et non pas donné. C'est un produit de l'activité humaine. Les conditions de son appropriation sont liées à celles de sa genèse : la naissance de l'information est génératrice d'un bien.

Une fois créé, ce bien peut donner lieu à un commerce juridique complexe : la vie de l'information est génératrice de contrats.

A - La naissance de l'information, génératrice d'un bien

9 - Le fait que l'information soit un produit de l'activité humaine suggère une affirmation à deux branches : d'une part, l'information est, en principe, appropriée dès son origine ; d'autre part, elle appartient, toujours en principe, à son auteur, c'est-à-dire à celui qui la met en forme pour la rendre communicable, pourvu qu'il ait la possession régulière de ses éléments.

10 - Cette dernière précision est essentielle. Il faut poser en règle qu'une appropriation légale ne peut résulter d'une mainmise illicite sur les données, que ce soit par vol, détournement, plagiat ou fraude quelconque. Certes, le dommage causé par l'appréhension ou la diffusion induite d'une infor-

mation risque de se révéler souvent difficilement réparable. Sans doute aussi l'action en revendication du vrai propriétaire achoppera-t-elle sur la divulgation chaque fois qu'elle lui sera postérieure. De sorte que les mécanismes protecteurs classiques des droits privés, la revendication et la réparation, ne protègent qu'imparfaitement le détenteur légitime de l'information contre son usurpateur. Il n'en est pas moins nécessaire de connaître le détenteur légitime pour proclamer son titre et condamner l'illicite. Tout d'abord, parce que telle est la fonction du Droit. Ensuite, parce que le dispositif actuel de protection n'est pas négligeable : on peut, à tout le moins, lorsque cela est utile, obtenir la cessation du comportement délictueux et la sanction pénale vient parfois suppléer la défaillance des sanctions civiles. Enfin, parce que les progrès du droit positif, *de lege ferenda*, seront d'autant plus sensibles qu'ils se fonderont sur une analyse plus précise des intérêts dignes de protection.

11 - Les conditions ci-dessus proposées d'une appropriation régulière se fondent sur un raisonnement qui ignore délibérément les variétés de l'information, ses cas d'espèces. Elles doivent être vérifiables en toute hypothèse. Mais les modalités de leur réalisation n'en sont pas moins sujettes à des différences, selon que les éléments de l'information considérée sont ou non attachés à la personne de leur titulaire.

12 - Il existe, en premier lieu, d'innombrables informations relatives aux personnes et aux patrimoines. Lorsqu'elles sont objectives, c'est-à-dire lorsqu'elles ne traduisent pas l'opinion subjective d'un tiers, ces données nominatives sont susceptibles d'une expression normalisée, voire d'une codification. Leur formulation n'est pas l'œuvre volontaire de la personne concernée ; elle dépend de la loi (dévolution du nom, détermination de l'état-civil, du domicile...), ou bien elle s'attache de plein droit aux actes du sujet (acquisitions immobilières, état des comptes bancaires, condamnations...). Bien que la personne concernée ne soit pas «auteur» de l'information, au sens de sa mise en forme, elle est le titulaire légitime de ses éléments. Leur lien avec l'individu est trop étroit pour qu'il puisse en être autrement. Quand l'objet des données est un sujet de droit, l'information est un attribut de la personnalité.

Ce principe mérite de prévaloir dans sa plus grande généralité tant pour les données patrimoniales que personnelles, aussi bien pour les personnes morales que physiques, comme une des assises fondamentales du droit de l'information. Peu importe les mille accommodements dont il est susceptible, soit que l'information doive être obligatoirement communiquée (déclaration au fisc...), soit qu'elle se trouve impérativement gérée par un service public (état-civil, casier judiciaire et autres fichiers publics...). L'intérêt du principe n'en subsiste pas moins, puisque, s'il est reconnu, toute atteinte qui lui sera apportée ne pourra résulter que d'un abandon librement consenti par la personne concernée, ou d'une mesure régulièrement imposée par l'autorité publique compétente.

La loi, pendant longtemps, s'est peu souciée de cette sauvegarde, si ce n'est à travers la protection civile du nom et la réglementation pénale des

secrets. C'est l'usage croissant des machines à capter les données nominatives qui ont ému l'opinion, puis le législateur. Depuis 1970, l'article 9 du Code Civil affirme le droit de chacun au respect de sa vie privée, ce qui permet de sanctionner l'appréhension et la diffusion abusive d'informations relatives aux personnes, par l'écrit, l'image ou le son. De façon plus explicite et positive, la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés, organise la protection des individus contre le traitement des informations nominatives. Plusieurs dispositions essentielles de cette loi, notamment celles qui touchent à la collecte et au droit d'accès, ne s'éclairent que par la reconnaissance implicite d'un droit primordial de la personne sur les données qui la concernent.

Quant aux informations qui impliquent l'opinion subjective d'un tiers sur quelqu'un (article de presse, dossier administratif), il est évidemment plus difficile de soutenir qu'elles appartiennent à la personne concernée. Il y a ici dissociation entre l'auteur de la formulation, maître naturel de l'information qu'il a créée, s'il en a obtenu les éléments de façon licite, et le sujet des données nominatives. Deux libertés s'affrontent, plutôt que deux droits : celle du rédacteur (journaliste, biographe, supérieur hiérarchique...) et celle du citoyen mis en question. Le Droit n'est pas indifférent aux abus possibles du discours (diffamation, outrages) et même du silence (jurisprudence *Branly*), mais il n'existe encore aucun principe général coordonnant la mise en œuvre de ces intérêts opposés. On constate simplement à travers des signes concordants (communication des notes aux agents, accès aux documents administratifs, article 2 de la loi sur l'informatique et les libertés) que notre Droit tend à s'orienter vers une société à venir que ses prophètes prédisent « transparente ».

13 - L'appropriation par la formulation caractérise au plus haut degré cette autre catégorie d'informations attachées à la personne que sont les œuvres de l'esprit. Leur conception suivie d'expression est source de droit. L'œuvre de l'esprit appartient à son auteur en raison même du rapport de filiation qui l'unit à lui ; à travers le plagiat et la contrefaçon, la loi condamne l'usurpation du bien d'autrui.

Certaines de ces créations jouissent d'une protection privative, au moyen de droits opposables à tous, dits de propriété industrielle, littéraire ou artistique. Les lois qui gouvernent ces droits attribuent clairement à l'auteur ou à l'inventeur la propriété de l'œuvre protégée.

Mais d'autres produits de la pensée ne bénéficient pas ou pas encore d'une sauvegarde de ce type. C'est le cas, notamment, des créations intellectuelles abstraites, au nombre desquelles on a coutume de ranger les programmes d'ordinateur (3). Il n'en est pas moins vrai que le fruit de ces travaux appartient à leur auteur, qui peut en concéder l'usage avec les restrictions de son choix, se constituant ainsi une sécurité de caractère relatif. En dernier ressort, à défaut

(3) Notamment : André Lucas, *La protection des créations intellectuelles abstraites*, Librairie Techniques, 1975. Du même auteur : *Les programmes d'ordinateur comme objets de droits intellectuels*, JCP 1982, I, 3081. Adde les articles de M. M. Françon, Leclercq et d'Amico, C. B. I. Importations, octobre 1982, N. 23.

de convention, le créateur spolié de son œuvre cherchera refuge dans les mécanismes généraux du droit civil (responsabilité civile, enrichissement sans cause) ou dans les poursuites pénales, qui présupposent la propriété du demandeur.

Ceci montre que la propriété des logiciels ne fait pas de doute. Les problèmes qui se posent à son sujet ne tiennent pas à la reconnaissance du titre de l'auteur mais à sa mise en œuvre : ils sont de politique et de technique législative. Est-il ou non opportun de renforcer le droit actuellement fragile de l'auteur (ou de l'acquéreur) par une protection dotée de l'opposabilité *erga omnes* ? Si l'on répond par l'affirmative à cette première question, comment organiser ce nouveau droit privatif (définition de l'œuvre protégée, durée et modalités de la protection...) ? Ces questions redoutables recevront sans doute, tôt ou tard, une réponse de portée internationale.

14 - Il reste, enfin, l'immense cohorte des données qui ne sont pas rattachées à la personne par un lien d'attribution ou de création. Ces données, que l'on pourrait dire quelconques, mesurent des phénomènes, décrivent des choses, relatent des événements. C'est à leur propos que l'on vérifie mieux la réalité du mode d'appropriation par le couple «collecte-formulation».

S'agissant du premier de ces deux termes, l'opération de capture s'applique ici à un objet non approprié. Les données quelconques du monde extérieur forment une sorte de «*res communis*» offerte à l'observation de tous. Il paraît dès lors rationnel, pour ce type d'informations, de poser en principe la licéité de la collecte.

Mais les éléments régulièrement captés ne deviennent information véritable qu'à travers le deuxième terme de l'appropriation : la formalisation qui les rend communicables. Cette étape, qui passe inaperçue dans le cas des données nominatives et qui va de soi dans celui des œuvres de l'esprit, joue un rôle essentiel dans la genèse des informations quelconques. Car le passage du fait brut au message peut s'opérer par plusieurs voies (écrit, image, son) qui donnent naissance à autant d'informations autonomes. Ceci explique que plusieurs agents collectant les mêmes données, mais les exprimant chacun à sa manière, s'approprient distinctement les informations créées.

En dernière analyse, c'est bien la formalisation de la donnée qui est, comme la sémantique nous l'a appris plus haut, le ressort essentiel de l'information et des droits qui en résultent au profit de son auteur. La licéité de la collecte n'est que son antécédent nécessaire. En dehors des données nominatives, les droits sur l'information procèdent d'une opération intellectuelle de création ou de formulation.

15 - Ce schéma décrivant la filière de l'appropriation devrait guider toute recherche sur la reconnaissance de droits non encore expressément consacrés en ce domaine. Mais la méthode ainsi démontrée, si elle permet de déterminer le titulaire du droit et les conditions de sa reconnaissance, ne préjuge pas son contenu ni la vie que va connaître le bien-information dans le commerce juridique.

B - La vie de l'information, génératrice de contrats

16 - Une fois créée et appropriée comme on s'est efforcé de l'expliquer, l'information va connaître un certain nombre de processus plus ou moins complexes, les uns de transformation, les autres d'exploitation. Pour rendre compte de leurs mécanismes juridiques, le droit des biens s'efface ici devant celui des contrats.

17 - Il n'est pas rare que la formulation banale d'une information, en vue de sa communication sans passage à l'informatique, soit aujourd'hui reprise dans la perspective d'un traitement automatisé. On va alors constituer, à partir d'une information de base, les données spécifiques qui seront mises en mémoire d'ordinateur.

Qui est le maître de ces nouvelles données «informatisées»? A cette importante question, le droit des contrats propose des réponses simples : les données appartiennent au propriétaire de l'information quand il les façonne lorsqu'il a régulièrement acquis l'information de base, en vue du traitement auquel il la soumet. Ainsi, à l'occasion de l'avatar qu'inflige à l'information le passage à l'informatique on retrouve les deux éléments de base de l'appropriation : une possession licite par obtention régulière des données, suivie de leur mise en forme ou plutôt de leur remise en forme.

18 - Une autre transformation devenue courante par l'usage des ordinateurs consiste à combiner plusieurs informations de base pour produire une information-résultat. Il est clair que celle-ci est distincte de ses éléments constitutifs et qu'elle peut revêtir une grande valeur économique, policière, politique, voire stratégique. Même question que pour les données : à qui appartient l'information-résultat ?

Ici encore, les bonnes réponses doivent être demandées au droit des contrats : il appartient aux propriétaires des informations de base d'en convenir avec celui à qui ils les procurent en vue de fabriquer, en les combinant, un produit nouveau. Que si, pourtant, les conventions étaient muettes ou l'opération s'était faite sans convention, les vieilles règles de l'accession proposeraient une solution de raison, pour peu que l'on regarde l'information comme un bien mobilier. L'article 573 du Code civil semble écrit pour cette hypothèse : «lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale, ... si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénients, ils en acquièrent en commun la propriété dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux». Comment ne pas admirer l'insurpassable qualité de cette législation, capable de s'appliquer à des phénomènes inconcevables pour ses rédacteurs, parce que ceux-ci savaient raisonner sur ce qu'il y a de plus général, comme les y invitait Descartes ?

19 - Ces deux exemples de transformation illustrent une méthode qui doit permettre de retracer les appropriations successives de l'information.

Il faut, à cette fin, suivre la chaîne de ses mutations formelles ou substantielles, en se demandant à chaque fois si elles ont donné lieu à un transfert juridique des données. Plus difficiles à élucider sans doute, parce que plus complexes, sont les processus d'exploitation de l'information.

20 - L'information est un bien déconcertant au regard des catégories juridiques. Parfois, elle semble se consommer par le premier usage. Éphémère au sens étymologique, sa valeur ne dure qu'un jour. N'est-ce pas le cas de toute l'actualité qui nous abreuve, des cours de la bourse aux bulletins de la météorologie ?

Pourtant, ces mêmes données, qui épuisent dans l'instant leur nouveauté qualitative, peuvent conserver une utilité différée dans l'ordre quantitatif. Utilité rétrospective, lorsque le cours de la bourse s'inscrit dans celui de l'histoire économique ; utilité prédictive, quand la somme accumulée des observations météorologiques aide à prévoir le temps qu'il fera.

Il se peut que l'information, consommée une première fois sous le signe de l'actualité, change ensuite de maître, qu'elle soit cédée ou seulement déposée en mains tierces pour une exploitation à retardement. Qu'un tel passage à l'état d'archive s'accomplisse à titre onéreux ou gratuit, qu'il s'accompagne ou non d'un transfert de propriété, en toute hypothèse la panoplie des contrats est assez diversifiée pour encadrer l'opération sans difficulté particulière.

21 - En d'autres cas, les plus nombreux peut-être, l'information n'est pas consommable : elle ne s'use pas, même si l'on s'en sert. Sans doute cessera-t-elle un jour d'être exacte, supplantée par une donnée nouvelle qui l'abroge, mais sans avoir été altérée jusque là par une utilisation quelconque, fût-elle indéfiniment répétée. Ainsi les correspondants d'une personne pourront-ils la joindre autant de fois qu'ils le voudront par son adresse ou son téléphone tant qu'elle n'aura pas changé de rue ou de numéro !

C'est la stabilité de l'information qui justifie, depuis Gutenberg, l'édition de dictionnaires, d'annuaires et de répertoires. C'est elle qui permet, depuis l'apparition de l'informatique, le développement des banques de données.

22 - Or, la précarité de l'information influe sur son mode d'exploitation. Éphémère, elle ne saurait être l'objet que de contrats à exécution instantanée, contrats translatifs dont la vente ou la donation restent les modèles de base. Les conventions sur choses consommables par le premier usage transfèrent toujours la propriété.

23 - Stable, l'information donne lieu à des opérations sensiblement plus diversifiées et subtiles, dont les lois relatives aux propriétés intellectuelles donnent de multiples illustrations.

La figure la plus simple préserve le tête-à-tête du maître de l'information, le fournisseur, avec son client consommateur. Pour régler leur relation juridique, le contrat instantané, la prestation d'information au coup par coup apparaît comme un modèle possible mais fruste. C'est à des conventions éche-

lonnées dans le temps que l'on aura plus volontiers recours, à des contrats de fourniture ou d'abonnement susceptibles des modalités les plus souples quant à leur durée et au contenu des prestations échangées. L'avantage de la bilatéralité est de tracer un cadre précis et commode aux rapports contractuels, ainsi qu'à la responsabilité éventuelle du fournisseur pour manquement à ses obligations.

24 - Le modèle juridique devient beaucoup plus complexe lorsque l'on insère des tiers prestataires de service entre le producteur et l'utilisateur de l'information. Il s'agit notamment du «serveur», c'est-à-dire de celui qui prend en charge la délivrance des données à l'utilisateur. Le serveur est un intermédiaire technique entre la base documentaire et sa clientèle ; il propose un matériel et un logiciel de service, auquel il doit le plus souvent adapter les données. Mais, en général, il fait écran entre le producteur d'information et le client, auxquels le lient des conventions bilatérales distinctes. Au demeurant, le serveur n'est pas un transporteur *stricto sensu* de données, puisque c'est un réseau de télétransmission, c'est-à-dire un quatrième partenaire, qui assume la fonction matérielle d'acheminement.

La télématique a ainsi greffé sur la chaîne de l'information un nouveau venu dont le statut juridique n'est pas limpide. Pour qui réfléchit aux droits sur l'information, c'est une des zones floues de la matière. Quels sont, en effet, les droits du serveur sur les données qu'ils prend en charge ? En est-il simple concessionnaire en vue de la vente, simple agent de distribution à des conditions et pour une durée librement déterminées par la convention ? C'est l'analyse la meilleure lorsque le serveur ne transforme pas les données qu'on lui communique avant de les diffuser. Mais qu'en est-il dans le cas contraire : l'adaptation des données à un système de distribution ouvre-t-elle au serveur un droit propre sur l'information ?

Ce point et bien d'autres devrait être réglé dans des formules qu'il est nécessaire de perfectionner pour que les serveurs et leurs partenaires ne soient pas liés par des contrats où les vides l'emportent sur le tissu.

25 - A vrai dire, la bonne méthode consisterait à raisonner globalement sur la figure quadrangulaire que composent le producteur, le serveur, le télétransmetteur et l'utilisateur, pour déterminer les obligations, les redevances et les responsabilités de chacun. On verrait ainsi s'il existe sur l'information, en tant que bien, des droits autres que celui du producteur, notamment si le serveur est rémunéré pour un produit ou seulement, comme nous le pensons, pour un service. On saurait aussi à quoi peut légitimement prétendre l'utilisateur de l'information, ce consommateur qu'on dit tour boulimique et saturé. Mais c'est du droit à l'information qu'il est alors question.

DU DROIT A L'INFORMATION

26 - Derrière les lois sur la presse et sur la communication audiovisuelle, à travers les affirmations de liberté que ces textes professent, on perçoit que la question du droit à l'information se trouve posée et qu'il y est répondu par un libéralisme de principe (4). Cependant, les principes émis concernent les vecteur écrits ou audio-visuels de l'information et non l'information en elle-même. Si le regard se pose sur elle et pas seulement sur ses supports, la vision se complique car le droit de chacun à l'information en général s'oppose aux droits de certains sur les informations qu'ils ont produites. Il faut donc se garder de confondre le droit d'obtenir une information privée et celui de collecter des données vacantes.

A - Le droit d'obtenir une information privée

27 - Dans le domaine des informations nominatives, la loi du 6 janvier 1978 a fait franchir un pas important à la théorie juridique.

Elle reconnaît aux individus des prérogatives considérables sur les données qui les concernent notamment, les droits d'accès (art. 34 et 35) et de rectification (art. 36) en particulier. La même loi ouvre aux personnes la faculté de s'opposer, pour des raisons légitimes, à leur inclusion dans un fichier nominatif (art. 26). Elle leur donne enfin le droit d'exiger des renseignements de celui qui recueille l'information (art. 27) : intéressante innovation, empruntée aux procédés de défense du consommateur, mais qui protège ici le fournisseur.

Ce sont là des prérogatives relevant du droit réel. Elles consacrent implicitement l'appartenance de la donnée nominative à la personne concernée, légitime titulaire qui peut, en cette qualité, vérifier leur bon usage et leur véracité, sous certaines contraintes et limites que le législateur a édictées pour des motifs d'intérêt général. Il nous paraît donc que la protection accordée aux individus par la loi sur l'informatique et les libertés reflète un droit sur l'information personnalisée plutôt qu'un droit à cette information.

Aussi est-ce en la personne des tiers et non du sujet qu'il faut rechercher l'existence éventuelle d'un droit aux données nominatives relatives à autrui. La situation est claire lorsque la loi impose certaines déclarations (recensement de population, déclarations fiscales...). D'autres fois, bien qu'aucun texte n'y oblige, la communication d'informations personnelles est pratiquement inéluctable parce qu'elle forme la condition *sine qua non* des accords que l'on est amené à passer avec des interlocuteurs nécessaires (assureurs, banquiers). Mais le droit commun est celui de la libre communication, aujourd'hui formulé par les articles 25 à 28 de la loi du 6 janvier 1978. Il n'existe pas un droit général aux données concernant la personne d'autrui : ainsi le veut le respect de l'intimité.

(4) Loi du 29 juillet 1881, art. 1 : L'imprimerie et la librairie sont libres - Loi du 29 juillet 1982, art. 1 : La communication audiovisuelle est libre ; art. 2 : Les citoyens ont droit à une communication audiovisuelle libre et pluraliste.

28 - On sait, cependant, que la loi française sur l'informatique et les libertés, à la différence de certains textes étrangers, ne s'applique pas aux personnes morales. Celles-ci se trouvent ainsi en position d'infériorité. Maîtresses de leurs données nominatives, elles peuvent, certes, n'en faire que des communications volontaires, hormis les cas où la déclaration leur en est imposée par l'autorité publique ou par un cocontractant plus puissant. Mais sur les informations communiquées de gré ou de force, ou même collectées à leur insu, les personnes morales ne bénéficient pas de la protection techniquement élaborée que la loi de 1978 a accordé aux individus contre la captation abusive, la rétention irrégulière, le détournement d'usage, la falsification, etc... Dans l'attente d'une éventuelle réforme leur étendant tout ou partie de ce régime, la sécurité des personnes morales ne repose que sur des bases fragiles. Cependant, la reconnaissance d'un droit de principe sur les données nominatives qui les concernent, justifierait à notre sens que la jurisprudence leur reconnaisse dès à présent un embryon de protection fondé sur les mécanismes généraux du droit privé : responsabilité civile, abus de droit, concurrence déloyale. Il serait légitime que soit consacré à tout le moins par les tribunaux leur droit à obtenir communication des données conservées sur leur compte pour vérifier leur exactitude et la régularité de l'usage qui en est fait.

Mais on touche rapidement à la limite d'efficacité de la théorie générale. Force est de constater à nouveau qu'il ne suffit pas d'affirmer le droit d'un sujet sur un objet immatériel pour en assurer efficacement la sauvegarde, en l'absence d'une législation spécifique attribuant au titulaire du droit des prérogatives adaptées à cet objet et inspirées de l'opposabilité absolue.

29 - La même observation vaut pour les œuvres de l'esprit. Celles-ci ne sont vraiment protégées que si elles satisfont aux critères de la propriété industrielle ou du droit d'auteur. Alors et tant que dure cette protection, il n'existe chez autrui aucun droit à l'information que représente le brevet ou l'œuvre littéraire. Pour obtenir l'usage de cette information en vue d'une application industrielle, d'une édition ou d'une reproduction, il n'est que de contracter avec son titulaire. Ainsi se vérifie, plus encore que pour les données nominatives, l'absence d'un droit des tiers à l'information protégée.

30 - Les formes modernes de la documentation mettent pourtant cette affirmation à l'épreuve, quand elles opposent au titulaire du droit d'auteur une banque de données voulant inclure dans son fonds documentaire une référence à l'œuvre protégée. On sait que, sur ce thème, un important litige entre la société canadienne Microfor et le Journal Le Monde suit son cours, en France, depuis plusieurs années (5). En schématisant le débat, il s'agit de savoir si une entreprise de documentation peut ignorer la propriété intellectuelle d'autrui, en élaborant un descriptif de l'œuvre protégée à l'insu du titulaire du droit d'auteur ou contre son gré. Le conflit est net, exemplaire, entre un droit reconnu sur l'information et un droit prétendu à cette même information.

(5) Paris, 4e ch. A, 2 juin 1981 : Gaz. Pal. 1982, I, 6.

Ce conflit pourrait trouver, dans une distinction, des solutions plus nuancées et mieux équilibrées que celles que paraissent avoir retenues les juridictions parisiennes. Il est d'abord évident que l'utilisation en texte intégral d'une œuvre protégée par une banque de données ne saurait se faire sans l'accord de celui qui possède la propriété littéraire puisqu'elle lui contrevient directement. La même règle doit prévaloir s'agissant de résumés en langage naturel ou d'extraits littéraires de l'œuvre, et ceci pour deux raisons : d'abord parce que la connaissance de l'extrait ou du résumé peut détourner certains lecteurs potentiels d'une lecture intégrale ; ensuite, parce que le méthode de citation ou de condensation, pouvant être maladroite ou tendancieuse, risque de déformer le sens du document de base.

A l'inverse, une simple indexation par mots-clés devrait passer à travers les mailles du droit d'auteur, si l'on interprète les règles juridiques d'après leur but comme il convient de le faire. A condition de ne pouvoir se substituer au document principal comme instrument de connaissance, d'être un simple instrument de repérage de la référence pertinente pour l'usager de la banque de données, l'information par mots-clés possède une finalité exclusivement documentaire qui, loin de nuire à l'auteur, concourt au contraire à une plus large diffusion de sa pensée. Telle est la distinction que l'on verrait volontiers prévaloir en jurisprudence pour ne pas freiner l'essor des banques de données, en attendant que le législateur mette éventuellement au point des solutions plus complexes (6).

31 - Le plus grand nombre d'informations, cependant, ne ressortit pas au statut particulièrement protecteur des données nominatives ou des propriétés intellectuelles. Pourtant, si l'on adhère au raisonnement exposé plus haut, une information quelconque ne mérite son nom que si elle a été créée par une opération intellectuelle de formulation, qui emporte appropriation au bénéfice du metteur en forme (7). C'est dire qu'on ne devrait pas juridiquement rencontrer d'information «vacante et sans maître».

De là procède une conséquence certaine pour ce qui nous occupe ici : il n'existe pas un droit du public à la divulgation d'une information privée, alors même que celle-ci ne constitue pas une création littéraire ni une invention brevetée. Ce point, qui est certain pour les œuvres de l'esprit ne bénéficiant pas d'une protection privative (logiciels par exemple), ne devrait pas faire davantage de doute pour toute autre information que l'on hésiterait à classer parmi les créations pures de la pensée. Il faut y voir un effet normal de l'appropriation : le droit de rétention s'attache par nature à la possession légitime.

(6) Voir notamment, en ce sens, de M. Jérôme Huet, la communication présentée aux Deuxièmes entretiens du Droit de l'Informatique de Nanterre (mai 1982) et sa contribution au rapport sur «La modification du droit sous l'influence de l'informatique», Académie internationale de droit comparé, Caracas, 1982.

(7) V. notamment, supra n. 14.

L'infériorité de la «propriété ordinaire» de l'information sur les statuts particuliers qui la renforcent est éclatante si on l'observe après la divulgation : elle ne jouit que d'une opposabilité inconsistante et souffre d'une absence de protection utile contre les usurpations. Du moins cette chétive propriété comporte-t-elle le pouvoir préalable de ne pas divulguer. Par cet attribut négatif mais énergique, le droit du maître sur l'information tient en échec le droit d'autrui à l'information. A cette règle générale, il n'y aurait d'exception qui si le créateur de l'information s'était obligé par avance à la diffuser comme contrepartie, par exemple, d'une subvention octroyée à son entreprise ou de l'autorisation d'accéder à des données confidentielles.

Lorsqu'il ne s'est pas lié au préalable, le maître de l'information détermine librement le moment, le bénéficiaire et les modalités de la divulgation, sous les conditions qui lui paraissent les plus favorables... Si l'information est publiquement offerte au consommateur, elle relève des lois générales du commerce. Le droit commun sanctionnant déjà, à travers le refus de vente, des discriminations illicites dans la distribution, il n'est sans doute pas nécessaire de prévoir une réglementation supplémentaire en la matière pour garantir l'égal accès de chacun aux données mises en circulation. Sur ce terrain, on ne peut pourtant se défendre d'une certaine inquiétude devant le système de l'aurotisation préalable auquel la loi sur la communication audio-visuelle (art. 77) prévoit de soumettre, pour un temps à vrai dire limité, tous les services proposant l'interrogation à distance d'un système documentaire, c'est-à-dire toutes les banques de données.

B - Le droit de collecter des données vacantes

32 - La règle du libre et égal accès à des données vacantes figure certainement au nombre des principes généraux qui fondent un État de droit et de liberté. Elle est le gage indispensable du pluralisme de l'information et de la libre recherche scientifique. Pratiquement, elle signifie qu'aucune discrimination ne doit être opérée entre les personnes qui collectent les données, créent l'information et la diffusent. C'est ce qui implique la loi sur la presse (art. 1) et la loi sur la communication audio-visuelle (art. 2).

Il est vrai que le libre accès aux données subit des restrictions importantes, non seulement pendant la guerre mais aussi en temps de paix quand l'intérêt général le commande, notamment la sûreté de l'État et la sécurité des personnes. Mais ces restrictions ne doivent pas s'accompagner de discriminations ; il faut qu'elles soient communes à tous ceux qui relèvent de la loi française. Dans le couple liberté - égalité en matière d'accès aux données, on ne voit pas que les atteintes parfois portées au premier des deux termes puissent jamais affecter le second.

*

* * *

33 - Les dimensions mêmes de cette étude tracent la limite de ses ambitions.

Son premier objectif était de proposer une définition aussi générale que possible de l'information, applicable à toutes ses espèces. Elle visait ensuite à montrer que la valeur de l'information exprime sa réalité juridique en tant que bien, et pas seulement comme service. Ce bien étant susceptible d'appropriation, il fallait rechercher les conditions de cette appartenance, souvent liées à la genèse même du bien information, qui, par principe, accède à la vie juridique sous le signe de la propriété de son auteur.

Cette propriété peut évidemment changer de titulaire par le jeu contractuel tant que l'information conserve sa validité. Mais c'est un droit fragile, en raison de l'immatérialité de son objet et des possibilités de détournement que les techniques comportent. Sa fragilité se vérifie chaque fois qu'un régime légal particulier ne confère pas à son titulaire une protection spécifique de type privatif adaptée à la nature de l'information.

Pourtant, la reconnaissance de l'appropriation telle qu'elle est ici proposée comporte deux conséquences importantes. Elle procure, d'une part, au maître de l'information les sûretés négatives de la rétention et du retrait, ainsi que la protection générale déduite de la responsabilité et de ses satellites. Elle assure, d'autre part, aux droits du maître sur l'information une prééminence de principe sur le droit d'autrui à cette information. Le droit à l'information est celui de collecter des données vacantes (ou publiques), pour créer librement le bien-information. Il n'est pas d'exiger une information privée, mais il est d'obtenir un accès libre et égal à cette information lorsqu'elle est rendue publique.

34 - L'enchaînement de ces réflexions peut dérouter car il rapproche des choses hétérogènes, qu'il n'est pas habituel de mettre en relation, telles que les fichiers nominatifs, les droits d'auteur, les contrats et procédures de saisie, ou de distribution des données, etc... Mais le dénominateur commun de l'information fait qu'il existe une synergie entre ces éléments disparates. On pourrait concevoir un organigramme, voire un graphe, formalisant la naissance et la vie juridique des informations comme bien et comme service.

L'intérêt de cette vision globale est de montrer où se situent les points forts et les lacunes du dispositif juridique qui encadrent l'information. Il est aussi de poser les principes par référence auxquels les lois à venir devront se situer, soit qu'elles les appliquent, soit qu'elles les écartent. L'instrument d'analyse et la méthode ainsi dégagés nous semblent propres à favoriser la cohérence du droit futur, conformément au dessein qui inspira, dès le début, notre démarche.

LA COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS

Commentaire de l'arrêt C G T c/ C N I L du Conseil d'État du 12 mars 1982

Par J. FRAYSSINET

Maître-Assistant à l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences
d'Aix-Marseille

La loi du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, fait partie de ces textes qui tentent de protéger les libertés individuelles et collectives face aux développements technologiques (voir P. Kayser et J. Frayssinet, *Informatique et libertés*, La loi du 6 janvier 1978 et ses décrets d'application – Fascicule du Jurisclasseur Droit Pénal (annexes – Commentaires, 1981, 40 p.). Avec la loi du 17 juillet 1978 instituant la liberté de communication des documents administratifs non nominatifs et la loi du 11 juillet 1979, prévoyant l'obligation pour l'administration de motiver les décisions individuelles défavorables, la loi du 6 janvier 1978 forme un triptyque législatif permettant au citoyen de préserver ses droits essentiels au sein d'une société où la circulation et la rétention de l'information donne le pouvoir aux institutions privées et publiques de modifier les conditions d'exercice des libertés individuelles et collectives (1).

La loi informatique, fichiers et libertés a d'abord institué une nouvelle liberté publique s'articulant autour de l'exercice de trois droits reconnus : chaque individu a le droit d'*accéder aux informations* nominatives le concernant détenues par les organismes de droit privé ou de droit public, puis d'*en obtenir communication* avant de pouvoir en *contester* le contenu ou le sens, quel que soit le support ou la technique utilisé. La loi a ensuite mis en place, pour les seuls traitements automatisés, des procédures d'autorisation et de déclaration préalables des fichiers pour pouvoir en contrôler le contenu et l'utilisation. La pièce maîtresse du système de contrôle institué par la loi du 6 janvier 1978 est la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (*C. N. I. L.*) prévue à l'article 6 de la loi, composée de dix-sept membres. Institution très originale du droit public français, la C. N. I. L. n'a pas seulement une fonction consultative : qualifié d'«autorité administrative indépendante» (article 8), mais non doté de la personnalité morale, cet organisme détient un pouvoir réglementaire spécialisé ainsi que le précise l'article 6 de la loi, et il est investi d'une *mission générale de contrôle des fichiers* nominatifs exercée sous des formes variées (cf. J. Beer-Gabel, *Le contrôle de l'administration par la Commission nationale de l'informatique et des libertés*, *Revue de droit public* - 4 - 1980 - pp. 1042-1070).

(1) Article publié dans *Expertises des systèmes d'informations - Le mensuel du Droit de l'Informatique* n. 42 - juillet 1982, pp. 142-149.

En ce qui concerne la réglementation de la création de traitements de données nominatives, la loi du 6 janvier 1978 prévoit trois procédures distinctes.

Les fichiers de secteur privé, en vertu de l'article 16 de la loi, ne sont soumis qu'à une obligation de *déclaration préalable* à leur mise en œuvre auprès de la C. N. I. L., suivant une forme imposée, assortie de l'engagement du déclarant que le traitement satisfait aux exigences de la loi. *La création des fichiers des personnes de droit public* et des personnes de droit privé gérant un service public ne peut être décidée que par *une loi* ou un acte réglementaire (article 15) pris après avis motivé de la C. N. I. L. ; si la commission émet un avis préalable défavorable, il ne peut être passé outre que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'État jouant ainsi le rôle d'une instance d'appel.

A la distinction entre traitements publics et privés se surajoute une distinction fondée sur *les risques* que comportent les différentes catégories de traitements. L'article 17 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit que «pour les catégories les plus courantes de traitements à caractère public ou privé, qui ne comportent manifestement pas d'atteinte à la vie privée ou aux libertés, la C. N. I. L. établit et publie des normes simplifiées» inspirées des caractéristiques énumérées par l'article 19 qui impose *les mentions descriptives du traitement* à faire figurer dans la demande d'avis ou la déclaration. «Pour les traitements répondant à ces normes, seule une déclaration simplifiée de conformité à l'une de ces normes est déposée auprès de la commission. Sauf décision particulière de celle-ci, le récépissé de déclaration est délivré sans délai. Dès réception de ce récépissé, le demandeur peut mettre en œuvre de traitement. Il n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités».

Par une délibération n. 80-15 du 18 mars 1980, publiée au Journal Officiel du 8 mai 1980, la Commission Nationale de l'Informatique et des libertés a conçu la norme simplifiée n. 7 concernant «les traitements automatisés d'informations nominatives relatifs à la paie et à la gestion des personnels des personnes physiques et morales autres que celles gérant un service public». Cette norme simplifiée tente, pour l'essentiel, de définir à *quelles conditions les fichiers automatisés de paie et de gestion du personnel peuvent être regardés comme ne comportant manifestement pas de risques d'atteinte à la vie privée et aux libertés* et donc comme relevant de la procédure simplifiée de déclaration prévue par l'article 17 de la loi. Les conditions édictées par la norme simplifiée sont relatives à la structure même du système de traitement (article 1) (les fichiers ne doivent porter que sur des données objectives, ne pas donner lieu à des interconnexions, comporter des dispositifs de sécurité), à la finalité des traitements (article 2) (calcul des salaires, des pensions, des frais professionnels du suivi des comptes individuels, etc.), à la durée de conservation des informations nominatives (article 4), aux destinataires des informations (article 5). En particulier l'article 3 de la norme simplifiée n. 7 dispose que les informations traitées ne peuvent relever que de neuf catégories : identité, situation de famille, situation militaire et affectation, formation, diplômes et distinctions, vie professionnelle, éléments de rémunération, historique de carrière, gestion

de carrière, social. Pour chacune de ces catégories, la norme simplifiée précise, avec une assez grande minutie, le type d'informations correspondantes *sans paraître imposer un contenu fixe* grâce à l'utilisation systématique de l'adverbe «notamment» (exemple : «a) identité, *notamment* : nom, nom marital, prénoms, sexe, date et lieu de naissance, numéro de sécurité sociale, adresse, numéro de téléphone personnel, déporté, interné, ancien combattant, handicapé, origine du handicap, taux d'invalidité, nationalité (date et décret de naturalisation éventuels), titre de travail et de séjour pour les étrangers»).

C'est précisément la norme simplifiée n. 7 que la Confédération Générale du Travail (C. G. T.) attaque devant le Conseil d'État, compétent en premier et dernier ressort pour connaître des décisions d'un organisme collégial à compétence nationale, en déposant le 7 juillet 1980, c'est-à-dire in extremis, *un recours tendant à son annulation pour excès de pouvoir*. La requête n'est entachée d'aucune irrecevabilité sur le plan des délais, de l'intérêt et de la qualité pour agir : en outre, la norme litigieuse est contraignante et fait donc grief. Sur le fond, le Commissaire du Gouvernement, M. Dondoux, écarte tout d'abord certains moyens mineurs soulevés par le syndicat requérant. Ce dernier critiquait la non-consultation, lors de l'élaboration de la norme, des organisations syndicales les plus représentatives alors qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait une telle consultation qui, en fait, avait eu pourtant lieu (2).

De même, la C. G. T. invoquait un moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, affirmant le droit au respect de la vie privée : à l'évidence, celle-ci n'était pas méconnue par une norme ayant précisément pour objet d'en assurer le respect. Enfin, la norme simplifiée n. 7, contrairement à ce qui est allégué, concerne bien un secteur où les traitements informatiques sont courants, ne touche pas tous les fichiers du personnel mais seulement ceux correspondant à ses dispositions et ne méconnaît ni le principe de l'égalité des citoyens, ni les principes généraux du droit du travail.

Mais d'autres moyens développés dans le pourvoi «posent des questions nouvelles et intéressantes qui justifient pleinement la saisine directe de l'Assemblée du Contentieux», pour reprendre les termes du Commissaire du Gouvernement. Ce sont ces moyens que le Conseil d'État estimera fondés avant de prononcer l'annulation de la délibération n. 80-15 du 18 mars 1980 de la C. N. I. L., compte tenu de l'indivisibilité de l'ensemble des dispositions de la norme attaquée, dans une décision d'Assemblée en date du 12 mars 1982.

A propos du premier contentieux portant sur la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés et son activité, la décision du Conseil d'État est essentiellement pour connaître, d'une part, la nature juridique de la norme simplifiée et apprécier, d'autre part, la portée du contrôle de légalité opérée sur elle.

(2) Les conclusions du Commissaire du Gouvernement Dondoux sont publiées dans l'A. J. D. A. n. 9 - septembre 1982, p. 541 et suiv. L'arrêt du 12 mars 1982 est reproduit p. 544.

La qualification juridictionnelle de la nature juridique de la norme simplifiée

La C. G. T. contestait la compétence de la C. N. I. L. en faisant valoir que le pouvoir d'édicter des normes simplifiées, tel qu'il est prévu à l'article 17 de la loi du 6 janvier 1978, ne saurait être assimilé à l'exercice du pouvoir réglementaire reconnu à la Commission, dans certains cas, aux articles 6 et 21 de la loi. Ce moyen présente l'intérêt d'obliger le Conseil d'État à définir la nature juridique d'une norme simplifiée édictée par la C. N. I. L.

La norme simplifiée est de nature réglementaire

Au yeux de la C. G. T., le pouvoir normatif d'une norme simplifiée serait une simple capacité d'énonciations et de descriptions techniques, comme par exemple les normes de l'A. F. N. O. R., devant s'inspirer «des caractéristiques mentionnées à l'article 19», comme le précise l'article 17, al. 1 de la loi. En édictant les conditions juridiques auxquelles sont soumis les traitements relatifs à la paie, et à la gestion des personnels du secteur privé, en définissant la notion de norme simplifiée dans un considérant de principe placé en introduction de la norme n. 7, la C. N. I. L., selon la C. G. T., empiéterait sur la compétence du législateur et du pouvoir réglementaire gouvernemental. M. le Commissaire du Gouvernement Dondoux a avancé trois arguments pour écarter l'argumentation du syndicat requérant.

* En premier lieu, le législateur a entendu confier à la C. N. I. L. l'exercice d'un pouvoir réglementaire. Ceci résulte explicitement des termes des articles 6 et 21 de la loi du 6 janvier 1978 qui sont à considérer comme les sources originelle du pouvoir réglementaire de la Commission. L'article 6 de la loi, instituant la C. N. I. L., fixe son champ général de compétence : «Elle est chargée de veiller au respect des dispositions de la présente loi, notamment en informant toutes les personnes concernées de leurs droits et obligations, en se concertant avec elles et en contrôlant les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives. La Commission dispose à cet effet d'un pouvoir réglementaire, dans les cas prévus par la présente loi». *La portée du pouvoir réglementaire de la C. N. I. L. est relativement large* car le législateur de 1978 a une conception restrictive du pouvoir réglementaire gouvernemental en matière de contrôle du respect des libertés par les fichiers automatisés de données nominatives, dans le souci de protéger l'indépendance de la C. N. I. L. Contrairement aux propositions de la Commission Informatique et Libertés (dite Commission Tricot) renvoyant systématiquement en 1975 l'application de la loi à venir à la prise de décrets en Conseil d'État, la loi de 1978 ne prévoit cette formule que dans des cas prévus dans ses articles 20 (alinéa 2), 31 (alinéa 3), 45 et 46.

* En second lieu, il existe une filiation directe logique entre l'article 6 de la loi attribuant le pouvoir réglementaire à la Commission et l'article 17 lui permettant d'établir et de publier des normes simplifiées dont elle définit le contenu librement, sous le seul contrôle du juge, à la condition légale de s'inspirer des caractéristiques mentionnées à l'article 19 de la loi définissant le contenu de la demande d'avis ou de la déclaration déposée par le créateur du

fichier auprès de la C. N. I. L. En effet, pour pouvoir appliquer à un fichier la formule de déclaration simplifiée de conformité prévue par l'article 17, il importe préalablement que la C. N. I. L. crée la norme simplifiée. Ceci est indispensable pour que la Commission puisse exercer sa compétence essentielle de contrôle des applications informatiques relevant de l'article 17. Pour pouvoir exécuter la loi, la C. N. I. L. dispose précisément d'un pouvoir réglementaire propre mais finalisé qui pour l'application de l'article 17 va prendre la forme d'une norme simplifiée. Ainsi, comme le remarque le Commissaire du Gouvernement Dondoux, *le pouvoir d'édicter des normes simplifiées est une modalité du pouvoir réglementaire de la C. N. I. L.*, au même titre, par exemple, que l'édiction des règlements-types en vue d'assurer la sécurité des systèmes informatiques prévues par l'article 21.

* *La norme simplifiée est une norme de nature réglementaire* parce que découlant directement de l'exercice du pouvoir réglementaire reconnu à la C. N. I. L. par la loi dans le cadre de son rôle de contrôleur : il existe une relation de cause à effet entre les articles 6 et 17 de la loi. Dans le second considérant de sa décision, le Conseil d'État entérine cette analyse en statuant qu'«il appartient à la C. N. I. L. d'user du pouvoir que lui confère l'article 6 de la loi pour fixer par le biais d'une norme simplifiée les conditions à remplir pour qu'un fichier automatisé relève de la formule de déclaration simplifiée de conformité à la norme simplifiée concernée».

Si le législateur n'a pas précisé expressément que le pouvoir d'édicter des normes simplifiées constituait une modalité d'exercice du pouvoir réglementaire de la Commission, la raison tient au déroulement de la procédure législative devant l'Assemblée Nationale en 1977 lors de la discussion du projet de loi gouvernemental. Le pouvoir d'édicter des normes simplifiées résulte d'un amendement de M. Forni (J. O. - Débats - Assemblée Nationale 1977, p. 5850). L'idée était (cf. J. O. - Débats - Assemblée Nationale 1978, p. 7) qu'à l'instar du système suédois, source importante d'inspiration pour le législateur français, la Commission puisse établir des formules de prescriptions types que les déclarants des fichiers automatisés nominatifs s'engageraient à respecter. L'objectif était de mettre en place une formule légère de déclaration et de contrôle préalable pour certaines catégories de fichiers, jugés non dangereux en fonction de certains critères, pour éviter une surcharge de travail de la Commission, préjudiciable à son bon fonctionnement et à la qualité du contrôle instauré par la loi sur les fichiers jugés a priori dangereux en application d'autres critères. Le vote de l'amendement de M. Forni a motivé, à la demande du Garde des Sceaux (J. O. - Débats - Assemblée Nationale 1977, p. 5856), la suppression du 3e de l'article 18 du projet initial du gouvernement (devenu aujourd'hui l'article 21 de la loi du 6 janvier 1978) aux termes duquel la Commission «fixe, par décision motivée, les catégories de traitements qui... font l'objet d'une déclaration simplifiée» ; le Garde des Sceaux estimait en effet que, compte tenu de l'amendement, «l'article 14 (actuellement l'article 17) se suffirait à lui-même».

Il était difficile de soutenir, comme le faisait la C. G. T., que la norme simplifiée relevait seulement du pouvoir d'énoncer des directives techniques

sans portée obligatoire contraignante. Certes, la C. N. I. L. dispose de la capacité d'énoncer des conseils, des directives assimilables à des normes d'orientation sans valeur réglementaire ; mais cette compétence s'exerce par l'intermédiaire de recommandations. *Une telle matière peut être réglée par une norme simplifiée et par une recommandation* : c'est le cas du fichier électoral des communes auquel s'appliquent la norme simplifiée n. 24 (délibération n. 81-103 de la C. N. I. L. du 15 septembre 1981 concernant les traitements automatisés d'informations relatifs à la gestion du fichier électoral des communes (J. O. du 22 octobre 1981 - N. C., p. 9361) et la recommandation relative à la mise en œuvre du droit d'accès au fichier électoral (délibération n. 81-52 du 19 mai 1981, J. O. 30 mai 1981, N. C., p. 5180) (cf. Jean Frayssinet - La C. N. I. L. et le fichier électoral des communes in « expertises » des systèmes d'information, n. 38, mars 1982, pp. 43-48). La norme simplifiée s'impose au déclarant du fichier automatisé ; ce dernier doit obligatoirement utiliser la formule de la déclaration simplifiée de conformité à une norme simplifiée si le fichier qu'il déclare entre totalement dans le moule constitué par la norme édictée par la C. N. I. L. *Le détenteur du fichier n'a pas la possibilité d'interpréter ou de modifier le contenu, la portée de la norme simplifiée.* Toute différence avec la norme simplifiée entraîne l'obligation pour le déclarant du fichier automatisé de saisir la C. N. I. L. en vertu de l'article 15 de la loi s'il s'agit d'un fichier du secteur public ou assimilé, ou en vertu de l'article 16 s'il s'agit d'un fichier du secteur privé. Cependant, « lorsqu'un traitement a la même finalité que celle énoncée par une norme mais qu'il comporte soit des informations supplémentaires, soit la transmission d'informations à des destinataires non prévus par cette norme, le traitement peut néanmoins faire l'objet d'une déclaration simplifiée sous réserve que les caractéristiques non prévues par la norme soient détaillées dans les rubriques correspondantes du bordereau de déclaration et dans les annexes qui les accompagnent » (extrait de la notice explicative de la C. N. I. L. sur les formalités à accomplir lors de la déclaration du traitement). *Cette possibilité donne à la C. N. I. L. un large pouvoir d'appréciation, permettant d'établir avec le temps une sorte de jurisprudence assouplissant la distinction entre la procédure de la demande d'avis préalable (article 16) et la déclaration de conformité à la norme simplifiée (article 17).* Mais, comme nous le verrons par la suite, on peut s'interroger sur le point de savoir *si à l'avenir le Conseil d'État admettra cette pratique.*

* En édictant une norme simplifiée qui a une valeur réglementaire, la C. N. I. L. n'a fait qu'utiliser le pouvoir réglementaire que lui reconnaît l'article 6 de la loi sans empiéter sur la compétence réglementaire du gouvernement, la loi ne prévoyant pas expressément en ce cas l'intervention d'un décret en Conseil d'État. La C. N. I. L. n'a pas, non plus, étendu sa compétence au détriment de celle du législateur. Contrairement à ce qui est affirmé par la C. G. T., *la C. N. I. L. s'est bien gardée de définir a priori ce que sont, ou quels sont, les traitements ne comportant manifestement pas de risque d'atteinte aux libertés et à la vie privée.* Elle s'est bornée à préciser, comme la loi le lui impose, à quelles conditions les fichiers de paie et de gestion du personnel du secteur privé doivent répondre pour pouvoir être rangés dans la catégorie juridique,

instituée par la loi, des fichiers courants non dangereux pour les libertés. C'est précisément de cette manière que la C. N. I. L. définit la notion de norme simplifiée dans le premier considérant de l'introduction de la norme simplifiée n. 7 attaquée, formule que nous retrouverons d'ailleurs en tête de toutes les normes simplifiées édictées jusqu'à présent par la Commission.

Le pouvoir général de contrôle de la C. N. I. L.

C'est avec raison que le Conseil d'État, reprenant les termes mêmes de la loi à la fin du premier considérant de l'arrêt, estime que la C. G. T. renonce à contrôler les fichiers déclarés conformes à la norme simplifiée par le déclarant. La Commission ne méconnaît en rien sa compétence : en édictant une norme simplifiée, la C. N. I. L. ne limite pas ou ne supprime pas elle-même la portée du pouvoir général de contrôle qu'elle exerce sous diverses formes conformément à la loi, sur les traitements.

Il est indéniable que le classement d'un traitement dans la catégorie des traitements relevant du régime de la déclaration simplifiée crée, ipso facto, comme l'indique le syndicat requérant, une sorte de présomption de régularité en regard des dispositions protectrices des libertés prévues par la loi du 6 janvier 1978. Mais c'est oublier que la présomption de régularité résultant du système de la déclaration simplifiée de conformité à la norme simplifiée instaurée par la loi dans l'article 17 ne supprime ou limite en rien le pouvoir de contrôle de la C. N. I. L. D'ailleurs, la dernière phase de cet article précise bien que, si «dès réception du récépissé de déclaration de conformité le demandeur peut mettre en œuvre le traitement, il n'est exonéré d'aucune de ses responsabilités». Le pouvoir de contrôle de la C. N. I. L. s'exerce sur les fichiers conformes à une norme simplifiée par le jeu de diverses dispositions législatives et réglementaires. L'article 17 de la loi prévoit que le récépissé est délivré «sauf décision particulière» de la Commission ; en ce sens, l'article 25 du décret n. 78-74 du 17 juillet 1978 (J. O. du 23 juillet 1978) contenant les modalités d'application de certains chapitres de la loi dispose que, «lorsqu'il y a un doute sur la conformité du traitement automatisé à l'une des normes établies par la commission, il peut être sursis à la délivrance du récépissé, conformément au deuxième alinéa de l'article 17 de la loi. Le signataire de la déclaration est alors invité à justifier la conformité du traitement à la norme, et, à défaut, à présenter une nouvelle déclaration en la forme prévue à l'article 16 de la même loi ou une demande d'avis en la forme prévue à l'article 15». La Commission garde ainsi la possibilité de contrôler la déclaration pour contester la conformité du traitement à la norme simplifiée concernée ; *elle dispose pratiquement du droit de «déclasser» la déclaration simplifiée* présentée au titre de l'article 17 pour lui imposer de se soumettre aux contrôles plus stricts résultant de l'application des procédures de déclaration prévues par les articles 15 et 16. A ce contrôle a priori s'exerçant au moment du dépôt de la déclaration de conformité, la Commission peut ajouter l'exercice d'un contrôle a posteriori au titre par exemple de l'article 21, 2e, pour *procéder à des vérifications sur place, adresser aux intéressés des avertissement et dénoncer au Parquet les infractions constatées* (article 21, 4e), *recevoir toutes réclamations*, pétitions et plaintes individuelles ou collectives (article 21, 6e), etc. Mais on doit regretter que par

suite d'une *malfaçon législative* les sanctions pénales, consistant en une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 2 000 à 200 000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement, applicables à quiconque aura procédé ou fait procéder à des traitements d'informations nominatives sans qu'aient été publiés les actes réglementaires prévus à l'article 15 ou faites les déclarations prévues à l'article 16, ne soient pas applicables aux traitements relevant de l'article 17. Ayant reconnu le caractère réglementaire de la norme simplifiée, le Conseil d'État devait ensuite exercer son contrôle sur la légalité de la norme simplifiée litigieuse.

Le contrôle juridictionnel de la légalité de la norme simplifiée

Pour la Confédération Générale du Travail, la C. N. I. L. commet une illégalité en estimant faussement que, dès lors qu'ils répondent aux conditions édictées par la norme simplifiée n. 7, les traitements de paie et de gestion du personnel doivent être regardés, nécessairement, automatiquement, comme ne comportant pas de risques d'atteinte à la vie privée et aux libertés. Autrement dit, le syndicat estime que le contenu de la norme simplifiée n. 7 est illégal parce qu'il ne permet pas de répondre à la condition de l'article 17 justifiant l'existence de celle-ci : Assurer que les traitements s'y référant ne sont manifestement pas dangereux pour les libertés. Pour contrôler la validité de la qualification juridique donnée par la C. N. I. L. du caractère non dangereux, le Conseil d'État doit vérifier l'adéquation du contenu et de l'utilisation de la norme simplifiée par rapport à sa finalité. La présente décision de la Haute Juridiction précise les aspects de la norme simplifiée contrôlables par le juge et permet de comprendre le raisonnement de celui-ci. En l'espèce, le Conseil d'État, reconnaissant le bien fondé des moyens articulés par la C. G. T., prononce l'illégalité de la norme simplifiée n. 7 édictée par la C. N. I. L.

Le contenu de la norme simplifiée doit être strictement adéquat à l'objet du traitement

En préambule de chaque norme simplifiée, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés définit la notion : « Il faut entendre par norme simplifiée l'ensemble des conditions que doivent remplir certaines catégories les plus courantes de traitements pour être regardées comme ne comportant *manifestement* pas de risque d'atteinte à la vie privée et aux libertés et comme pouvant dès lors faire l'objet d'une déclaration simplifiée ».

En l'espèce, la Confédération Générale du Travail conteste la légalité de la norme 7 au motif qu'elle ne répondrait pas à cette définition. En particulier dans l'article 3 relatif « aux catégories d'informations traitées », des données ayant un rapport trop éloigné avec l'objet du traitement, la paie et la gestion du personnel, ou un libellé trop imprécis ou ambigu, permettraient au déclarant de *respecter les dispositions de la norme simplifiée tout en utilisant les informations dans un sens dangereux* pour les libertés et la vie privée. Le moyen oblige le Conseil d'État à contrôler le contenu de la norme édictée par la C. N. I. L. en vérifiant que les informations dont la collecte, le stockage et le traitement sont autorisés ne présentent aucun danger.

L'analyse de l'article 3 de la norme simplifiée n. 7 amène le Conseil d'État et le Commissaire du Gouvernement à constater effectivement le caractère manifestement dangereux de certaines informations autorisées, ce qui induit l'illégalité de la norme. On observe que *certain éléments mémorisés sont polyvalents* : par exemple, au titre du «a) identité», l'employeur peut connaître «la qualité de handicapé et l'origine du handicap». Une telle information n'est-elle pas susceptible éventuellement de porter atteinte à la vie privée ? A l'évidence la réponse est positive. Est-il indispensable qu'au titre de la «situation familiale» (art. 3 - b), l'employeur demande «la situation professionnelle du conjoint et de chaque enfant», qu'au titre de la rubrique «f) éléments de rémunérations», on connaisse «le remboursement de prêts et avances et les autres retenues», dans la mesure où, stipule la décision du Conseil d'État, «il n'est pas précisé qu'il ne peut s'agir de prêts, avances et retenues consentis et opérés par l'employeur ?» Enfin, le libellé de la rubrique «i) social» de l'article 3 de la norme simplifiée permet à l'employeur, sans restriction aucune, sous le couvert de «loisirs et activités sociales», de connaître par exemple toutes les activités associatives de ses salariés et de *se servir de ces informations pour établir un «profil» des individus* en violation patente de l'article premier de la loi du 6 janvier 1978 disposant que l'informatique «ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques». A l'évidence, un fichier permettant la collecte, la saisie, la mémorisation et le traitement de telles informations est susceptible d'être dangereux pour les libertés et la vie privée ; par voie de conséquence, la norme simplifiée qui aboutit à un tel résultat révèle une conception erronée à la fois de la notion de «traitement ne comportant manifestement pas d'atteinte à la vie privée et aux libertés» et de la finalité d'une norme simplifiée. C'est pourquoi le Conseil d'État estime fondée en droit l'organisation syndicale à demander l'annulation de la norme simplifiée n. 7.

C'est en toute bonne fois que la C. N. I. L. a prévu la possibilité de «saisir» de multiples caractéristiques, à l'apparence objective, du salarié dans le cadre de l'opération de paie et de gestion du personnel ; une gestion informatisée de qualité suppose le stockage et le traitement de nombreuses informations que l'on retrouve déjà souvent dans les fichiers non automatisés. Certes, la norme simplifiée n. 7 pose des conditions limitatives précises en ce qui concerne la structure des systèmes de traitement dans son article premier, la finalité du traitement (art. 2), les destinataires des informations (art. 5). La C. N. I. L. a, par là même, exclu de la procédure de l'article 17 la plupart des traitements de paie et de gestion du personnel risquant de porter atteinte aux libertés et à la vie privée. Mais, pour le Conseil d'État, le fait d'avoir éliminé les risques les plus évidents et les plus graves ne suffit pas en droit à supprimer la présence parmi les données stockables et traitables, d'*informations souvent éloignées de la finalité* de la paie et de la gestion du personnel, susceptible de révéler leur caractère dangereux pour les libertés.

Les dispositions des normes simplifiées sont limitatives et non incitatives

Avec l'édition de la norme simplifiée n. 7, la C. N. I. L. entendait exercer son pouvoir réglementaire pour limiter le contenu des fichiers de paie et

de gestion du personnel aux informations jugées non dangereuses pour les libertés. Pour cela, la C. N. I. L. énumérait avec l'apparence de la précision les seules finalités admissibles du traitement des données et les seules catégories d'informations dont elle admettait la collecte, le stockage et le traitement. Mais une seconde lecture du texte de la norme simplifiée montrait que les énumérations précitées étaient assorties de trois «etc.» à l'article 2 relatif à la finalité du traitement et de dix «notamment», dont neuf pour le seul article 3 définissant limitativement les catégories d'informations traitées. *L'emploi de ces termes n'était pas fortuit : la Commission entendait ménager une certaine souplesse à la norme simplifiée*, tenant compte des pratiques courantes des détenteurs de fichiers du personnel ; l'utilisation volontaire du terme «notamment» suivi de l'énumération de types d'informations correspondant à la rubrique identité (a - identité, notamment : nom, nom marital, prénoms, sexe, date et lieu de naissance...) avait pour but en ce cas «de servir de guide et d'exemple aux détenteurs de fichiers» pour leur donner une idée générale, bien qu'impressionniste, du genre d'informations admissibles.

Mais le Conseil d'État, avec raison, a estimé que la souplesse, dans l'énumération des informations pouvant être traitées, présente, alors même que les catégories d'informations sont limitativement précisées, *une contrepartie condamnable en droit* : le risque que certaines des informations admises au titre de «notamment» atteignent ou même risquent d'atteindre la vie privée ou les libertés. Compte tenu des neuf «notamment» de l'article 3, rien dans les termes mêmes de la norme attaquée ne s'oppose plus à ce qu'un employeur mette dans son fichier de paie et de gestion tous renseignements utiles sur «l'identité» de ses employés comme les références de leurs cartes de crédits, de leurs livrets d'épargne ; et comme le concubinage ouvre maintenant certains droits, pourquoi ne pas le mentionner au titre de la catégorie «situation familiale», à côté des données relatives au conjoint, puisque le «notamment» figure pour cette rubrique ? Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. Dans son second rapport annuel d'activité (La Documentation Française, 1982, p. 115), la C. N. I. L. écrit : «Il faut reconnaître que l'introduction de critères par trop subjectifs dans certains fichiers du personnel peut introduire le doute dans l'esprit des salariés et des organisations syndicales». La Commission cite le cas de la Société des Usines Peugeot introduisant dans ses fichiers un code dit «Attachement à l'entreprise» ; à la suite d'une plainte formulée par une organisation syndicale voyant là une manière détournée de ficher l'appartenance syndicale, ce qui est interdit par l'article 31 de la loi du 6 janvier 1978, la Commission, estimant insuffisante la garantie quant à la finalité de l'information, a exigé et obtenu sa suppression. Nous pourrions citer de nombreux autres cas démontrant, comme le reconnaît la C. N. I. L., que *les informations relatives au monde du travail sont particulièrement sensibles*. Pour cette raison, la Commission a d'ailleurs créé en son sein une sous-commission permanente «informatique et libertés du travail».

Avec justesse, la décision du Conseil d'État relève «que le caractère seulement indicatif ainsi attribué aux listes d'éléments d'informations, listes

qui auraient dû être établies de manière limitative, donne la possibilité d'enregistrer des éléments dont il n'est pas possible de vérifier qu'ils ne porteront pas manifestement une atteinte à la vie privée et aux libertés». En défense, la C. N. I. L. a soutenu l'argument que l'inclusion d'informations complémentaires par le concepteur du fichier utilisant toutes les ressources du «etc.» et du «notamment» aurait pour effet de faire relever le traitement non plus de l'article 17 de la loi mais de l'article 16 prévoyant l'obligation de le déclarer préalablement à sa mise en œuvre à la Commission qui pourrait procéder à un contrôle préventif plus rigoureux et systématique. Mais avec justesse, M. le Commissaire du Gouvernement Dondoux a observé que, «dans la mesure où les informations complémentaires peuvent se rattacher, via le «notamment», à l'une des catégories d'informations pouvant être mises en mémoire, le système de déclaration simplifiée reste applicable de plein droit, avec le contrôle relatif qu'il implique».

La C. N. I. L. a mal apprécié le contenu d'une norme simplifiée en regard de la finalité de celle-ci, à savoir la prévention de tous les risques d'atteinte à la vie privée et aux libertés : c'est la condition même pour que les catégories «les plus courantes» de traitements bénéficient de la procédure de déclaration simplifiée, prévue par l'article 17 de la loi du 6 janvier 1978, qui apparaît comme dérogative par rapport aux procédures de déclarations des articles 15 et 16 de la loi. Pour le Conseil d'État, parvenir à ce que lesdits traitements ne comportent manifestement (il convient d'insister fortement sur la signification de ce terme) pas d'atteinte à la vie privée et aux libertés impose à la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés de concevoir la norme simplifiée comme un système fini, clos. La liste des catégories des finalités et des informations traitées ainsi que l'énumération des informations constituant le contenu même de chacune de ces catégories doivent être rigoureuses, limitatives, évidentes et indiscutables aussi bien dans les exclusions que dans les admissions et d'application automatique ne permettant aucune interprétation. En laissant, par le biais des «etc» et des «notamment», une trop grande marge d'appréciation et d'interprétation à l'utilisateur du traitement, la norme simplifiée, devenant trivialement une «norme-passoire» aux trop gros trous, laisse passer des informations dangereuses pour les libertés et la vie privée. C'est pour cette raison principale que le juge estimant les dispositions de la norme simplifiée n. 7 indivisible, annule l'ensemble de son texte.

Dans le cadre d'un contrôle d'intensité normale de la légalité, le Conseil d'État censure l'indéquate du contenu de la norme simplifiée en regard de sa raison d'être législative. On remarque que toute l'analyse du juge passe par l'appréciation de la fonctionnalité de la norme simplifiée par rapport à sa finalité, la protection rigoureuse des libertés et de la vie privée. *La norme simplifiée n. 7 comporte un vice intrinsèque parce que, en tant que moyen, elle n'atteint pas le but qui justifie son existence et sa validité.*

Il y a là, en quelque sorte, le contrôle transcendantal du rapport étroit existant entre l'essence et l'existence de la norme de droit ; cette forme de contrôle dans le cadre des recours pour excès de pouvoir n'est pas nouvelle ; mais elle reçoit ici une illustration exemplaire et, à ce titre, la présente décision du Conseil d'État mériterait de plus amples développements sur la démarche

intellectuelle du juge administratif. On constate aussi que, si le Conseil d'État sanctionne la C. N. I. L. pour avoir mal apprécié le rapport entre la finalité et le contenu de la norme simplifiée, la C. N. I. L. utilise pour sa part fréquemment la notion de détournement de finalité, sanctionné pénalement par l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978, pour exercer son contrôle sur les traitements déclarés.

La présente décision du Conseil d'État a pour conséquence directe d'amener la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés à *redéfinir la conception* qu'elle se faisait du contenu des normes simplifiées. *La C. N. I. L. doit maintenant se livrer à un exercice de corde raide périlleux* : si la norme simplifiée a un contenu trop flou ou ambigu, elle encourt, les foudres du Conseil d'État ; si la norme simplifiée a un contenu trop strict et limité, la procédure allégée de déclaration simplifiée de conformité prévue par l'article 17 devient rarement applicable. Alors que le Conseil d'État met en avant le principe de protection des libertés et de la vie privée pour contrôler la norme simplifiée, la C. N. I. L., sans oublier cette finalité, songe à l'aspect pratique de la norme simplifiée dans le cadre d'un raisonnement pragmatique : en l'espèce, *Le Conseil d'État et la C. N. I. L. n'ont pas les mêmes priorités.*

L'application de la décision soulève des difficultés pratiques. En premier lieu l'annulation de cette norme pose un problème à l'égard des quelques 50 000 déclarations du secteur privé qui y font référence.

La Commission a écarté pour le moment l'établissement d'une nouvelle norme et a décidé par conséquent de demander aux déclarants un dossier complémentaire transformant ainsi la déclaration simplifiée en déclaration ordinaire.

Par ailleurs, la Commission envisage de demander ultérieurement aux organismes du secteur public de compléter leurs dossiers de la même manière dans tous les cas où il a été fait application des normes 1 à 6, dans la mesure où ces normes présentent des caractéristiques voisines de celles de la norme annulée.

En second lieu, la décision du Conseil d'État va à *l'encontre de la pratique mentionnée* de la C. N. I. L. d'admettre qu'un traitement non totalement conforme à une norme simplifiée peut cependant bénéficier de la procédure de déclaration simplifiée de l'article 17, à la condition de mentionner les différences au moment de la déclaration. Le Conseil d'État remet en cause la possibilité pour la C. N. I. L. d'interpréter avec une certaine souplesse le contenu de la norme simplifiée. Ceci signifie que *toute différence avec une norme simplifiée oblige le déclarant à utiliser les procédures de l'article 15 ou 16* : c'est exactement ce que le législateur voulait éviter pour faciliter le travail de la C. N. I. L. La norme simplifiée étant d'interprétation stricte et limitative, peu de traitements correspondent exactement à elle : on aboutit à un système rigide, opérant un transfert des déclarations vers les articles 15 et 16. La norme simplifiée, devenant d'application exceptionnelle, perd tout intérêt pratique. En troisième lieu, *les causes d'annulation* de la norme simplifiée n. 7 se retrouvent, édictées par la C. N. I. L., au nombre de vingt-cinq, concernant des secteurs professionnels et des traitements variés.

On relève en particulier très souvent l'existence du mot «notamment» et nombre d'informations autorisées n'empêchent pas toutes utilisations dangereuses pour les libertés et la vie privée. C'est le cas, par exemple, pour les normes simplifiées n. 1, n. 2, n. 3, n. 4, n. 5, n. 6 relatives à la gestion financière et administrative des personnels de l'État, des collectivités locales et des établissements publics. Ainsi, c'est le contenu de presque toutes les normes simplifiées qui est aujourd'hui sujet à caution et susceptible d'être remis en cause par la voie contentieuse. Il semble nécessaire d'estimer, à la lumière de la présente décision du Conseil d'État, que le contenu de toutes *les normes édictées a une portée limitative et non indicative.*

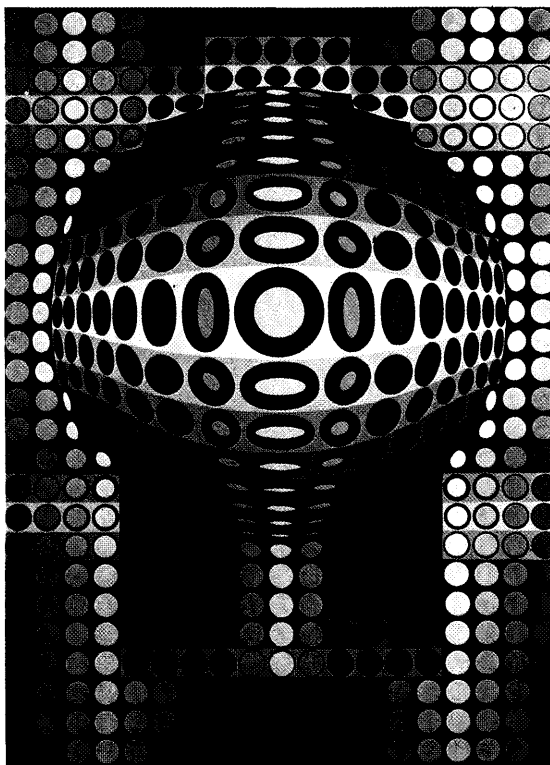
Certains verront dans cette décision le résultat d'une méfiance réciproque entre la C. N. I. L. et le Conseil d'État : les spécialistes de la loi du 6 janvier 1978 n'ignorent pas l'existence de tensions, de divergences, voire de «conflits frontaliers», entre les deux institutions malgré la présence de deux éminents représentants de la Haute Juridiction administrative au sein de la Commission. Le Conseil d'État *admet mal les méthodes de travail, la composition diversifiée faisant place aux élus parlementaires, l'autonomie, la conception large des compétences souvent floues de la C. N. I. L. qui n'est à ses yeux qu'une autorité administrative comme les autres.* Inversement, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés n'a guère apprécié, par exemple, la position du Conseil d'État à propos du contrôle des fichiers de la gendarmerie il y a quelques mois. Il est évident que ces observations intéressant la science administrative peuvent être faites à propos de toute nouvelle institution cherchant sa place au sein d'un système politico-administratif français où les pesanteurs, les divergences d'intérêt, les partages du territoire administratif sont des faits bien connus.

Mais, par-delà ce qui n'est que l'écume, il faut à notre avis approuver totalement la décision du Conseil d'État et l'analyse sur laquelle elle repose. En attendant l'intervention future, mais indispensable pour nous, du Conseil Constitutionnel dans le domaine nouveau de la protection des libertés et de la vie privée contre des utilisations pernicieuses et dangereuses de l'information, tant dans le secteur privé que public, tant avec les technologies nouvelles qu'avec les moyens traditionnels, on doit se féliciter de voir le Conseil d'État se comporter en défenseur de nos libertés. Ceci ne diminue en rien l'intérêt et les mérites de la C. N. I. L. qui, intervenant dans un secteur où l'action est difficile, doit se voir reconnaître «le droit à l'erreur». Il faut se réjouir de constater que *si le premier filtre, la C. N. I. L., ne fonctionne pas normalement, il reste encore un recours devant le Conseil d'État* pour appliquer efficacement les dispositions de la loi du 6 janvier 1978, informatique, fichiers et libertés. N'oublions pas l'enjeu, car il est fondamental : il s'agit de la protection de nos libertés et de notre vie privée. Y a-t-il mieux à défendre ?

DÉPOT LÉGAL
2ème TRIMESTRE 1983



DROIT PROSPECTIF



À voir notamment :

M. le Professeur Francis-Paul BÉNOIT :

Méthode de la connaissance des doctrines politiques

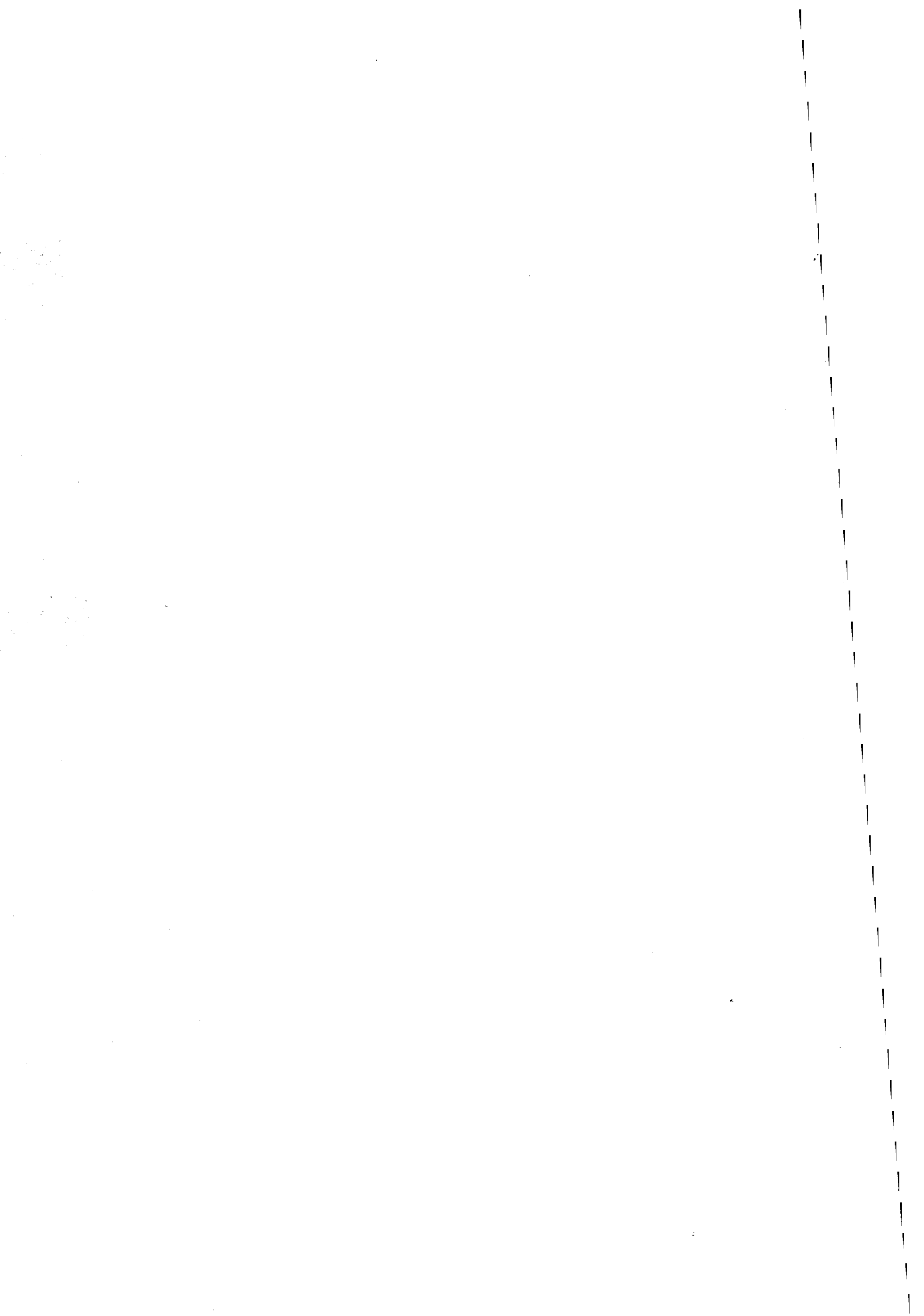
M. le Professeur Stéphane RIALS :

**Contribution à l'étude de la naissance des partis politiques en
France : Le parti légitimiste de 1830 à 1833.**

M. le Professeur François TERRÉ :

Définir le Droit ?





La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les «copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective» et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, «toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite» (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF**

1983 - 2

Publiée par la FACULTÉ DE DROIT et de
SCIENCE POLITIQUE d'Aix-Marseille

Abréviation de référence : R. R. J.

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire à l'Université de Bordeaux Membre de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADÈRE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C. N. R. S.)
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen GUILLAUME MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M. J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et M. J.-M. ZAORSKI

COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	C.	ATIAS	M. le Professeur	M.	FLORY
M. le Professeur	D.	BERRA	M. le Professeur	D.	LINOTTE
M. le Doyen	F.	BOULAN	M. le Professeur	J.	MESTRE
M. le Professeur	Y.	DAUDET	M. le Professeur	J.-L.	MESTRE
M. le Doyen	Ch.	DEBBASCH	M. le Professeur	C.	MOULY
M. le Président	L.	FAVOREU			

Secrétariat et service commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
(abonnement) 3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

ABONNEMENT : 3 numéros par an

Abonnement de Soutien : 300 F

Abonnement (France) : 160 F

Abonnement étranger : 240 F

Numéro (France) : 60 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille - C.C.P. 9404 - 15 E Marseille

(Tarif 1983)

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE
Sciences Juridiques, économiques et sociales
Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANÇAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO
Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL - par D. LINOTTE 223

METHODES DE LA RECHERCHE ET ENSEIGNEMENT

- M. le Professeur F.P. BÉNOIT, **Méthode de la connaissance des doctrines politiques** 226
- C. ATIAS, **Le régime des études de droit dans une université japonaise privée (L'Université CHUO)** 292

LES PAGES DE PHILOSOPHIE DU DROIT

- M. le Professeur C. CADOUX, **Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde.** 301
- M. le Professeur Ph. JESTAZ, **Les frontières du droit et de la morale.** 334
- M. le Professeur A. POLACEK, **Entre le droit et la force.** 354
- M. le Professeur F. TERRÉ, **Définir le droit ?** 374
- M. le Professeur S. RIALS, **Le parti légitimiste de 1830 à 1833.** 383
- M. le Professeur M. VETÖ, **Le procès dans la philosophie du droit de Hegel.** 409
- M. le Professeur S. RIALS, **A propos de l'ouvrage de M. Villey, Le droit et les droits de l'homme.** 420

ETUDES

- C. ATIAS, **La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé.** 427

EDITORIAL

Il serait bien inconséquent, par les temps qui courent, de traiter en éditorial d'un autre sujet que celui des réformes en cours ; réformes des Universités, des études supérieures voire des statuts des universitaires.

Relevons quelques points et, parfois, rêvons un peu de ce qu'on aurait pu faire ou dire à la place.

PREMIERE CONSTATATION :

Tout à la joie de sa dernière découverte -la professionnalisation, la "*finalisation*"- le projet est bien disert sur la fonction de Recherche des Universités (ah ! la dangereuse fougue des vocations tardives !) ; si ce n'est pour tenter de l'évaluer... par un Comité National, bien sûr ! Pourquoi pas ! Que cela nous promet de belles circulaires, de beaux dossiers, de belles annexes, de beaux états !

Evaluer la recherche n'est-ce pas plutôt dire à Einstein : "*que pensez-vous d'Heisenberg ?*" et à Heisenberg : "*que pensez-vous d'Einstein ?*".

DEUXIEME CONSTATATION :

La compétence scientifique, les titres, les mérites, les talents, la considération de la communauté universitaire, les résultats sont ignorés des mécanismes de gestion, de direction et de représentation des Universités. Les mots-clés sont : listes, groupes, catégories, pourcentages.

St Thomas et Maurice Duverger, Domat et Bachelard, Gény et Lambda, où êtes-vous là-dedans ? Sur quelle liste ? Ah bon ? Serez-vous élu ? A la proportionnelle, bien sûr !

TROISIEME CONSTATATION :

Les universitaires sont des paresseux, inutiles par surcroît. Maintenant fini de rire, cela va être les 39 heures ! Avez-vous compris Aron, Duby, Kastler, Schwartz, Le Roy et l'autre là-bas aussi, Ladurie !

N'est-ce pas au cours d'une représentation de "*Tristan*" que Casimir Fajans découvrit la loi des déplacements radioactifs ?

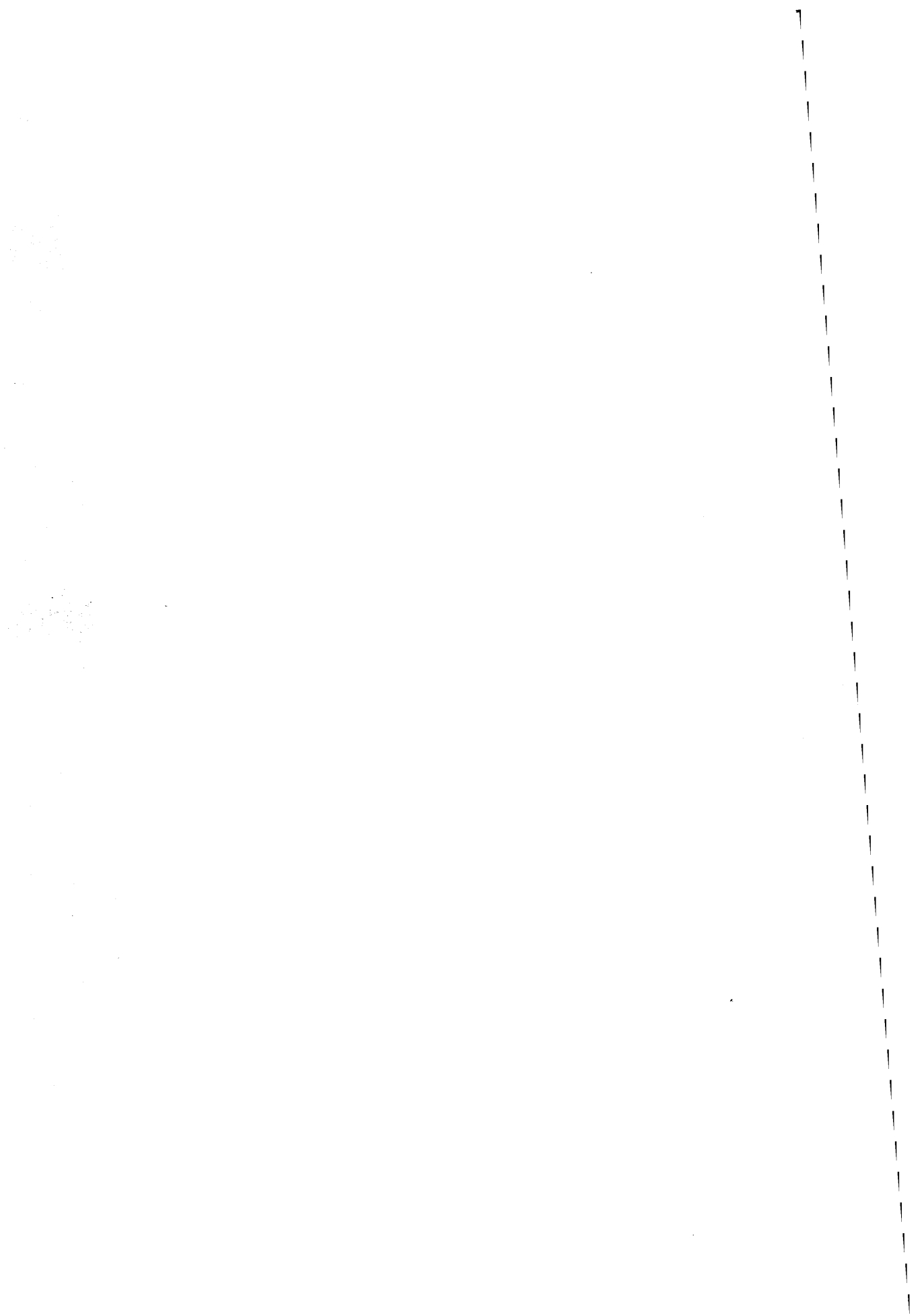
Rêvons un peu : Article 243 ter, alinéa 7 : "*Le loisir (*) des universitaires est la condition première de l'épanouissement et de l'indépendance de leur Recherche*".

Didier LINOTTE

(*) Je n'ai même pas dit temps libre, j'ai osé dire loisir.

R. R. J. 1983
Pages 225 à 298

METHODES DE LA RECHERCHE
ET ENSEIGNEMENT



METHODE DE LA CONNAISSANCE

DES DOCTRINES POLITIQUES

Par F.-P. BÉNOIT

Professeur à l'Université de Paris II ()*

L'utilisation de la notion de doctrine politique comme instrument de recherche

Il s'agit de déterminer de quelle manière il convient d'observer, d'analyser, de décrire et d'apprécier la réalité, en fonction de ce critère de recherche qu'est la notion de doctrine politique, définie dans ses éléments précis.

Caractère très général de la réalité à analyser

La première question est de savoir quelle est cette "réalité" à l'égard de laquelle la notion de doctrine politique doit être mise en oeuvre, en tant que critère de ce qui doit être "vu", du point de vue de la connaissance des doctrines politiques, parmi la masse de ce qui existe.

La réponse ici pourrait être que cette réalité est la réalité globale tout entière du monde et des hommes : tout est politique, du monde extérieur des choses et des faits jusqu'à l'intérieur de l'esprit et du coeur humain, puisque tout a des répercussions sur les conditions générales de l'organisation de la vie de l'homme en société - ce qui est très précisément la définition de la politique. Disons, à tout le moins, qu'aucun domaine n'est, a priori, étranger à la politique : la psychologie, la religion, la génétique, les richesses naturelles, l'espace terrestre ou sidéral, les arts ou les techniques, l'amour, la haine, etc... etc... tout cela comporte des éléments politiques, au sens exact du terme.

(*) Extrait de F.-P. BÉNOIT, Les doctrines politiques et économiques depuis la fin du XVIII^e siècle, Les cours de droit, 1982, p. 31 à 98.

Pour préciser les choses, en vue d'une approche des doctrines politiques dans le cadre de la recherche institutionnelle qui est la nôtre, on peut ramener à deux grandes catégories les réalités que nous aurons plus particulièrement à observer pour parvenir à la connaissance institutionnelle des doctrines politiques.

D'une part, les faits : événements de l'histoire, vie quotidienne, fonctionnement pratique réel des institutions ; tous les actes, sentiments, volontés, en rapport avec la société et ses modalités.

D'autre part, les textes :

- les oeuvres politiques, économiques, philosophiques, religieuses, littéraires, scientifiques, etc...
- des documents particuliers, tels que proclamations, discours, appels, chansons, etc...
- les textes juridiques relatifs aux institutions : non seulement les textes constitutionnels, mais aussi des lois, décrets, règlements, voire des circulaires, rapports, etc...

Ce sont les réalités ainsi définies qui vont constituer les sources principales de notre étude institutionnelle des doctrines politiques. Ce sont elles qu'il convient que nous observions à la lumière de cet outil de travail, de ce critère, qu'est la notion de doctrine, ou idéologie, politique.

Le problème de méthode qui se pose à nous est donc de savoir comment extraire de ces sources, faits et textes, tous les éléments doctrinaux, idéologiques, qu'elles comportent, puis comment utiliser la documentation ainsi réunie et en apprécier la valeur.

L'analyse politique des faits

En ce qui concerne les faits, il convient de procéder à leur analyse politique, c'est-à-dire de rechercher, observer et décrire, puis apprécier, tout ce qu'ils contiennent comme éléments relevant de la notion de doctrine politique.

A titre d'exemple, on se reportera ci-après à l'analyse politique de la Révolution de 1789 (v. III^e Partie) ;

ou à l'étude de l'évolution de la société libérale en France (v. "La démocratie libérale", p. 193 à 238).

Ce type d'analyse a été très souvent effectué. Consciemment ou non, tous les historiens ou auteurs politiques font toujours une telle recherche idéologique, avec des jugements de valeur sur ce plan des doctrines politiques. Il convient toutefois de relever que toutes ces études souffrent de la non-connaissance fondamentale qui a toujours existé en matière de doctrines politiques. Ces auteurs ont toujours manqué des connaissances de base nécessaires, au niveau des institutions et des doctrines examinées en elles-mêmes. Ils ne pouvaient donc pas "voir" réellement tous les éléments de doctrine politique inclus dans les faits. Ils manquaient également par là même de critère de référence pour porter valablement des jugements.

L'étude des textes

Nous allons surtout insister sur l'étude des textes. C'est là que les juristes, en tant que spécialistes des institutions, peuvent fournir un apport spécifique et important à la connaissance des doctrines politiques, en définissant leur contenu institutionnel précis, c'est-à-dire le fond même de ces doctrines.

La méthode de l'analyse des textes juridiques étant supposée connue et pratiquée, c'est sur l'analyse des oeuvres doctrinales que nous allons insister. Ces oeuvres sont une des sources les plus importantes des doctrines politiques. Elles doivent être toutes réétudiées à la lumière de la définition précise de la notion de doctrine politique. La non-connaissance des doctrines et idéologies politiques tient fondamentalement à l'absence d'analyse institutionnelle précise des grandes oeuvres politiques.

Les quatre opérations

La méthode de la connaissance des oeuvres politiques -au sens exact du mot, c'est-à-dire de toutes les oeuvres touchant à la vie de l'homme en société- se divise en quatre opérations : l'analyse ; la synthèse ; la critique ; l'exposition.

SECTION I

L'ANALYSE : La lecture politique institutionnelle

L'analyse est la décomposition d'un tout en ses parties, afin de mieux percevoir et comprendre chacune de ces parties, avec l'objectif final de mieux percevoir et comprendre le tout.

Le problème qui se pose à nous, dans le cas des textes politiques, notamment les oeuvres des grands auteurs, est de déterminer selon quelle méthode il est possible de percevoir les éléments relatifs aux doctrines politiques que comportent ces textes.

La réponse à cette question est qu'il faut procéder à ce que l'on peut appeler une "*lecture politique institutionnelle*".

C'est la définition et la pratique de cette méthode qui font l'objet de cette section.

Quatre remarques doivent être faites avant d'aborder le fond de la question.

Opération préalable : situer l'auteur et l'oeuvre

Avant toute lecture d'une oeuvre, il est indispensable de situer l'auteur dans son époque. En règle générale, en ce premier abord de l'auteur, on se contentera d'une biographie sommaire : utiliser un des ouvrages de base signalés dans la bibliographie du cours, ou une encyclopédie, voire un bon dictionnaire. L'auteur ainsi connu, on recherchera, selon la même méthode, quelle est la place de l'ouvrage étudié dans l'ensemble de l'oeuvre de l'auteur.

A ce stade, il convient de s'en tenir à ces éléments généraux. Il ne faut surtout pas lire les études détaillées déjà faites sur l'ouvrage à analyser. Cette lecture ne doit intervenir qu'après que l'on a soi-même analysé l'ouvrage étudié, la prise en considération des travaux antérieurs trouvant sa place utile dans le cadre de la troisième étape, celle de la critique (v. ci-dessous, Section III).

Quel texte utiliser ?

Le choix du document matériel sur lequel on va travailler est très important. Il faut, évidemment, toujours se reporter au texte même de l'auteur lui-même, ou à une traduction correcte. Il est préférable d'éviter les textes commentés ; de brèves annotations, surtout lorsqu'elles fournissent purement et simplement des renseignements objectifs, peuvent au contraire être utiles. Il ne faut en aucun cas s'imaginer que l'on peut analyser valablement la pensée d'un auteur en se reportant à un commentaire : il n'y a qu'une vérité, celle du texte de l'auteur lui-même.

On utilisera de préférence une édition complète. Les éditions partielles sont en effet souvent tronquées. On évitera dans toute la mesure du possible les "*morceaux choisis*" : les choix opérés déforment très souvent l'oeuvre, parfois intentionnellement lorsqu'il s'agit de textes politiques.

L'esprit de "sympathie"

L'état d'esprit dans lequel on aborde une oeuvre doit être celui de la plus grande objectivité possible. Toute lecture d'un texte doit être effectuée avec "*sympathie*", c'est-à-dire avec le désir de chercher à comprendre, avant de discuter et de critiquer. Il faut accepter de suivre la logique propre de l'auteur, l'articulation personnelle de ses objectifs avec ses modes de raisonnement et d'exposition. Cette objectivité est assez aisée à atteindre si l'on respecte bien la méthode, c'est-à-dire la dissociation de l'analyse, puis la synthèse, et, ensuite seulement, la critique. De la sorte, à chaque étape on augmente les chances d'être bien conscient de ce que l'on fait : observer, décrire ou juger.

Trois règles d'honnêteté intellectuelle

Trois règles d'honnêteté intellectuelle doivent toujours être respectées durant toute la lecture d'une oeuvre. Tout d'abord, il faut lire l'auteur pour lui-même, et non pas chercher à se voir à travers lui : on reviendra sur ce point lors de l'étude de la mise en pratique de la méthode, avec la dissociation des notes et des remarques

personnelles (v. ci-dessous, § 2). En second lieu, il faut lire les lignes, avant de prétendre lire entre les lignes, où l'on a toutes chances de ne voir que ce que l'on y met soi-même. Enfin il faut voir ce qui est écrit avant de se demander pourquoi cela a été écrit, à quels intérêts cela a pu profiter, ou quel inconscient se cache derrière ce qui est exprimé, les réponses à ces questions risquant fort de n'être que des points de vue subjectifs du lecteur.

En un mot, durant toute la phase de l'analyse, le lecteur doit se faire humble devant le texte : seul compte alors le texte. Tout ce qui est étranger au texte n'est plus analyse, mais déformation.

Place de la lecture politique institutionnelle

Il faut enfin rappeler que nous ne prétendons nullement que la lecture politique institutionnelle d'une oeuvre épuise toutes les possibilités de lecture de cette oeuvre, susceptibles d'apporter quelque chose à la connaissance politique : des analyses historiques, philosophiques, sociologiques, psychologiques, etc..., peuvent également apporter des éléments importants à cet égard. Nous disons seulement que cette lecture politique institutionnelle est la première étape indispensable vers la connaissance des doctrines, ou idéologies, politiques, et que c'est parce qu'elle n'a pas été faite que nous souffrons de l'ignorance actuelle des doctrines politiques. A quoi sert de philosopher sur les idéologies, alors que l'on ne sait pas clairement quel est leur contenu ?

Notre choix correspond donc à une méthodologie rigoureuse. Il est évident que c'est aux juristes qu'il incombe d'assumer cette première étape.

§ 1 - Définition de la lecture politique institutionnelle

Il est essentiel de bien comprendre que la notion de "lecture" est profondément différente de celle de "résumé".

Dans le cas du résumé, le lecteur travaille pour l'oeuvre elle-même. Le résumé, ou synopsis, a en effet pour objet de donner une vue générale de toute l'oeuvre, un tableau de tout ce que l'ouvrage contient.

Une "lecture" est une vision sélective

La lecture est au contraire une vision sélective de l'ouvrage. Le lecteur lit alors en fonction d'une optique déterminée : optique de l'histoire, de la science politique, de l'économie, de la philosophie, de l'économie, de la morale, de la philosophie, de la construction littéraire, du style - ou des doctrines ou idéologies politiques...

Pour désigner ces "lectures", on emploie parfois le mot de "grille". Cette expression nous paraît mauvaise : une grille ne laisse passer que certains aspects, et masque le reste ; dans le cadre d'une bonne lecture, l'idéal est au contraire de tout voir, puis de sélectionner ce que l'on veut retenir.

Dans le cas de la lecture, le lecteur ne travaille plus pour l'ouvrage lui-même, mais, dans le cadre de l'apport de l'ouvrage, il travaille pour l'optique choisie, c'est-à-dire la connaissance de la discipline qui est la sienne.

Il n'en reste pas moins -et c'est là la difficulté de toute "lecture"- que le fait de lire selon l'une optique ne doit pas conduire à déformer la pensée de l'auteur. Les éléments retenus doivent être compris en fonction de l'ensemble de l'oeuvre, et ne pas être isolés abusivement du reste. C'est bien pourquoi, comme on vient de le dire en refusant l'idée de grille, l'idéal -difficile, il faut le reconnaître- est de tout voir, ensuite seulement sélectionner en fonction de l'optique choisie.

Contenu de la lecture politique institutionnelle

Il convient maintenant de définir ce que l'on peut appeler le contenu de la lecture politique institutionnelle : quels éléments du texte de l'oeuvre doit-on retenir dans le cadre de cette lecture sélective, c'est-à-dire que faut-il sélectionner pour en prendre note, selon les modalités pratiques que nous verrons par la suite (v. ci-dessous § 2).

Ce qui doit être retenu peut être placé sous deux rubriques : les "thèmes" et les "idées". Cette distinction entre thèmes et idées est une distinction délicate, relative, mais très utile, sur la productivité de laquelle nous reviendrons après avoir défini ces deux notions.

A - Les thèmes

Le thème est une notion objective

Le thème (du grec *thema*, "ce qui est posé") est un sujet ou une proposition, développés dans un discours, dans un texte.

Le thème est donc une matière, une question, une notion qui est déterminée en elle-même : par exemple, l'Etat, la propriété, le syndicalisme. Le thème est une notion qui a une existence en elle-même, indépendamment de ce que chacun peut en penser.

En ce sens, on peut dire qu'un thème est un sujet concret, objectif.

Le thème correspond à quelque chose de bien précis, de bien délimité. Dans le cas qui nous concerne des thèmes relatifs aux doctrines politiques, le thème exprime une construction qui a toujours un caractère technique, ou du moins structuré, c'est-à-dire, le plus souvent, une institution déterminée. Un thème correspond donc à un des moyens institués par les hommes pour la satisfaction de leurs besoins.

En définitive, un thème est une de ces institutions ou de ces moyens vus en eux-mêmes. C'est la matière prise en soi. En ce sens, le thème est quelque chose de statique.

En pratique : un thème peut toujours s'exprimer par un substantif ; il n'est pas nécessaire d'employer un verbe.

Les thèmes à noter

Constituent des thèmes à noter tous ceux qui se rapportent à l'un des trois niveaux auxquels se constituent les doctrines, ou idéologies, politiques : fondements philosophiques et moraux de la société ; bases juridiques et économiques de la société ; aménagements institutionnels de la société. On se reportera donc à la définition de ces niveaux et aux exemples donnés à cette occasion.

Quelques exemples

A titre indicatif -car il n'est évidemment pas question d'être exhaustif- il est possible de dresser le tableau suivant d'un certain nombre de thèmes globaux, tous susceptibles d'ailleurs de multiples subdivisions plus précises. Nous y insistons : les quelques thèmes mentionnés ci-dessous ne sont que des exemples pris parmi une masse quasiment illimitée de thèmes réels, et les rubriques sous lesquelles nous les plaçons n'ont elles-mêmes qu'une valeur purement indicative.

a) Thèmes relatifs à des institutions publiques :
Rôle de l'Etat - Rôle de la loi - Modes de gouvernement - Fiscalité - Rôle de l'administration - L'Armée - Procédure pénale - etc...

b) Thèmes relatifs à des institutions privées :
Famille - Enfants - Education - Entreprises - Besoins - Prix - Capital - Machinisme - Niveau de vie - Aisance - Luxe - Intérêt personnel - Syndicats - Valeur - Agriculture - Notion de richesse - Régime du travail - Salaires - etc...

c) Thèmes relatifs à des institutions transcendantes :
Religion - Morale - Beau - Bien - Bon - Utile - Bonheur - Renoncement - Arts - Forces intellectuelles - Opinion - etc...

d) Thèmes relatifs aux libertés publiques :
Presse - Réunion - Liberté du commerce, de l'agriculture, des arts - Liberté religieuse - et toutes les autres libertés...

e) Thèmes relatifs à des rapports sociaux en général :
Classes sociales - Notion de la Liberté - Egalité - Rapports élites et masse - Appropriation privée des biens - Principe des contrats - Rapports hommes et femmes - Féminisme - Rapports du travail et des loisirs - etc...

B - Les idéesL'idée est une opinion subjective

Le mot idée est pris ici au sens d'opinion propre à son auteur.

L'idée est un point de vue personnel de l'auteur : par exemple, l'idée que la société est faite pour le bonheur de tous ses membres et non pour celui d'une minorité. L'idée n'a donc d'existence que par la pensée créatrice de son auteur.

En ce sens, on peut dire que l'idée est abstraite, subjective.

Au lieu de correspondre à une notion déterminée, comme le thème, l'idée est quelque chose de plus "composé", de plus complexe que le thème.

L'idée exprime le plus souvent un rapport entre plusieurs thèmes : l'idée, ce sont des thèmes vus en mouvement, en rapprochement les uns des autres, soit en heurts, soit en conciliation. L'idée veut exprimer la matière vivante, la vie dans sa marche et son évolution. En ce sens, l'idée est dynamique : l'idée cherche à aller plus loin, plus dans la réalité profonde, que le simple aspect statique qui caractérise le thème.

En pratique : l'idée, pour être exprimée, a toujours besoin d'un verbe.

Idées de l'auteur et interprétations du lecteur

Remarque : il ne faut pas confondre idée et interprétation. Une idée se dégage sans doute souvent de l'ensemble d'un chapitre, voire de l'ensemble de toute l'oeuvre étudiée ; mais l'existence réelle de cette idée dans l'oeuvre doit toujours pouvoir être justifiée par des passages précis et explicites du texte même de l'auteur. Sinon, il ne s'agit pas d'une idée de l'auteur, mais d'une interprétation du lecteur, ce qui est tout différent. Une telle interprétation ne relève plus de l'analyse, mais de la critique, et doit être notée comme telle, c'est-à-dire en tant que remarque ou commentaire personnel du lecteur (v. sur ce point, ci-dessous, § 2).

Les idées à noter

Constituent des idées à noter toutes celles qui se rapportent à l'un des trois niveaux auxquels se constituent les doctrines politiques (v. ci-dessus, A).

D'une manière générale, les idées qui concernent les doctrines, ou idéologies, politiques sont des conceptions sur les finalités de la société, ses justifications, ses explications philosophiques, ses origines, ses tendances, son avenir ; ou des jugements de valeur ; ou des affirmations sur les caractères des institutions et des hommes, etc...

Quelques exemples

A titre purement indicatif, voici quelques exemples d'idées : toute société est régie par des lois naturelles - l'économie est la théorie du bien-être de tous - toute société marche vers l'égalité des conditions - la propriété privée est une condition d'existence de la liberté individuelle - la souffrance est utile - l'homme est fait pour le bonheur en ce monde - l'ordre dans une société est le résultat de la conciliation de l'"existence" et du "progrès".

C - Portée de la distinction des thèmes et des idées

La distinction des thèmes et des idées est une distinction d'une portée intrinsèque très relative, mais d'une très grande utilité pratique.

Une distinction délicate et subjective

Il convient d'avoir très clairement conscience que la distinction des thèmes et des idées est très délicate à cerner avec précision, si l'on cherche à aller rigoureusement au bout de sa logique ; il s'avère très vite que c'est là une distinction qui est largement subjective, que le classement entre thèmes ou idées dépend souvent des conceptions personnelles du lecteur et du niveau de ses connaissances. Il serait aisé, à qui le voudrait, de démontrer qu'un thème est souvent un assemblage d'idées et qu'une idée n'est jamais qu'un élément d'un thème...

Des passages de l'un à l'autre

D'autre part, on constate -et c'est là un phénomène intéressant du point de vue de la genèse des idées politiques- que des idées peuvent se transformer en thèmes : quand ce qui était à l'origine une idée se trouve peu à peu être très largement admis, cette idée cesse alors d'être un point de vue subjectif pour devenir une réalité objective, c'est-à-dire un thème. Ainsi, par exemple, la notion de

"lois naturelles" régissant les comportements humains a d'abord été une idée lorsqu'elle a été énoncée au XVIII^e siècle par les philosophes et les économistes, puis elle s'est progressivement rangée au niveau des thèmes dans la mesure où elle a été admise de manière générale ; de même, la notion "d'ordre social", point d'équilibre des forces dans une société, qui était une idée au milieu du XIX^e siècle, est maintenant devenue un thème fort classique.

Inversement, des thèmes peuvent redevenir des idées : ainsi en est-il de thèmes un peu oubliés, ou passés sous silence, qui réapparaissent comme des idées. C'est le cas, par exemple, de thèmes du XIX^e siècle sur la théorie des races, des climats, ou des religions, qui font résurgence depuis quelques années en tant qu'idées nouvelles.

Une distinction productive : le double effort

Malgré sa relativité, la distinction des thèmes et des idées n'en a pas moins une utilité pratique d'une très grande importance, qui justifie son emploi dans le cadre de la méthode de la lecture politique institutionnelle.

L'utilisation, franchement acceptée, de cette distinction, par le lecteur d'une oeuvre, le conduit à porter un double regard sur le texte qu'il lit ; elle l'incite à faire un effort sur deux registres d'analyse, sur deux plans de compréhension, à deux niveaux de perception de la pensée de l'auteur. Cet outil de vision du texte qu'est la distinction des thèmes et des idées est un outil productif, dont l'utilisation pousse à une analyse plus approfondie du texte étudié. Nous verrons combien ses résultats pratiques sont précieux au moment de la synthèse.

§ 2 - Pratique de la lecture politique institutionnelle : les feuilles d'analyse

La lecture politique institutionnelle prend la forme de la confection de ce que nous appelons les "feuilles d'analyse".

A - Objet des feuilles d'analyse

Les feuilles d'analyse constituent la première

étape de la connaissance des oeuvres politiques. Elles sont purement et simplement un relevé, à la suite les uns des autres, des éléments de l'oeuvre étudiée relatifs aux doctrines politiques.

Les feuilles d'analyse se distinguent donc des "fiches", qui constituent la phase préparatoire de la deuxième étape, celle de la synthèse (v. ci-dessous, section II).

1° - Relevé des matériaux bruts

Simple notation des éléments de thèmes ou d'idées

Les feuilles d'analyse sont réalisées en notant, à la suite les uns des autres, tous les passages, phrases, termes, comportant des éléments de thèmes ou idées relatifs aux doctrines politiques. Elles sont faites de la notation pure et simple, bout à bout, des éléments relatifs aux doctrines politiques, que le lecteur extrait de l'oeuvre étudiée. Il s'agit donc d'un relevé de matériaux bruts, notés dans l'ordre même où ils se présentent dans l'oeuvre étudiée, sans souci de construction ou de hiérarchie entre ces matériaux.

Il ne s'agit pas de fiches par matières

On voit donc que, dans cette première étape de la lecture, il n'est nullement question de faire des fiches, établies par matières, thèmes ou idées. De telles fiches ne seront faites que dans une phase ultérieure. C'est une grande erreur, en effet, que de faire des fiches par matières dès la première étape de la lecture. L'établissement de telles fiches est déjà une opération de synthèse : faire des fiches implique des choix définitifs de qualification des objets retenus, des hiérarchisations des matériaux, des jugements de valeur sur ces matériaux, des éliminations aussi, avec le risque qu'elles soient définitives. Tout cela est tout à fait prématuré dans le cadre d'une première lecture. A ce stade, le lecteur doit être aussi neutre que possible en face de l'oeuvre ; il ne doit pas apprécier, soupeser, ni juger, mais seulement percevoir les apports du point de vue des doctrines politiques, avec la plus grande réceptivité d'esprit possible.

C'est pourquoi il convient, dans cette première

étape, de se borner à constituer ces feuilles d'analyse, c'est-à-dire de noter, au fur et à mesure qu'ils apparaissent à la lecture, tous les éléments de l'oeuvre intéressants dans l'optique des doctrines politiques.

L'importance capitale des feuilles d'analyse

Ainsi délimité, ce travail est d'importance capitale. Les feuilles d'analyse fournissent la documentation de base qui servira de matière à toutes les opérations ultérieures. Elles ont de surcroît l'avantage de permettre à tout instant une "remontée" facile au texte même de l'oeuvre (v. ci-dessous B), pour s'assurer, chaque fois qu'on le désire, du texte lui-même, et peuvent toujours être aisément complétées lors de relectures éventuelles, totales ou partielles.

Les feuilles d'analyse, dans leur simplicité apparente, sont en réalité l'étape essentielle de la connaissance, dont dépendent toutes les autres : la synthèse ultérieure n'aura de valeur qu'en fonction du soin, de la neutralité, avec lesquels les matériaux ont été portés sur les feuilles d'analyse.

Directives pratiques

En pratique, le lecteur notera donc, à la suite les uns des autres, tous les éléments de l'oeuvre retenus comme relatifs à des thèmes ou idées concernant les doctrines politiques.

Selon la longueur du texte, on notera soit le texte lui-même, soit un résumé aussi littéral que possible, soit le terme ou le mot révélateurs (v. des exemples, ci-dessous § 3). Il convient de s'en tenir toujours au plus près du texte lui-même.

Les éléments étrangers aux doctrines politiques ne seront pas notés, sauf s'il s'agit d'articulations générales de la pensée de l'auteur nécessaires à la bonne compréhension des éléments politiques retenus. En ce cas, ces articulations seront notées très schématiquement.

Du point de vue du fond des éléments de thèmes ou idées qu'il convient de noter, trois remarques générales peuvent être faites.

Les "détails"

Il n'y a pas lieu de noter les détails de pure technique, notamment de technique juridique. Ces détails sont d'ailleurs très rares dans les oeuvres politiques. Il convient toutefois de prendre garde au fait que certains détails sont révélateurs du fond de la pensée de l'auteur, et qu'ils peuvent dès lors avoir une signification politique : ainsi en est-il de l'âge des instituteurs dans le système d'éducation des enfants préconisé par Saint-Just et de l'âge auquel les garçons sont enlevés à leur mère.

Les recoupements

Au cas où plusieurs thèmes ou idées se recoupent dans certains passages de l'oeuvre, il convient de noter les divers points tels qu'ils se présentent, sans précisément se soucier, à ce stade du travail, du fait qu'apparaissent de tels recoupements. Ainsi en est-il, par exemple, du thème des rapports des élites et des masses, très souvent lié aux thèmes de l'éducation des enfants, de la rémunération du travail, ou de la fiscalité redistributive. Au stade des feuilles d'analyse, il faut noter les passages globalement, ce n'est qu'au moment de l'établissement des fiches (v. ci-dessous Section II) qu'il y aura lieu de procéder aux distinctions nécessaires entre les divers thèmes ou idées ainsi imbriqués.

Les mélanges

Enfin au cas où une idée se dégage d'un -ou plusieurs- thèmes, il convient de noter distinctement les passages concernant le ou les thèmes en question, puis l'idée elle-même qui s'en dégage, en prenant soin de préciser sur quels passages du texte on s'appuie pour dégager cette idée. A cet égard, un des intérêts de la méthode proposée est précisément d'inciter à noter distinctement les éléments relatifs aux thèmes et les éléments relatifs aux idées, ce qui incite à un double effort intellectuel lors de la lecture du texte.

2° - Les réactions personnelles du lecteur

La lecture du texte de l'oeuvre étudiée suscitera souvent chez le lecteur des réactions : interrogations, rapprochements, interprétations, appréciations...

Utiles mais dangereuses

Ces réactions sont à la fois précieuses et dangereuses. Précieuses, parce qu'elles sont le fruit du choc intellectuel entre la pensée de l'auteur et celle du lecteur, et que ce choc initial est souvent fructueux et ouvre la voie à des réflexions ultérieures plus posées, mais qui ne se seraient peut-être pas produites sans ce premier choc. Ces réactions sont aussi dangereuses, car elles risquent d'éloigner le lecteur du texte même de l'oeuvre et de l'inciter à suivre ses propres réflexions plutôt que la pensée de l'auteur de l'oeuvre.

Comment noter ces réactions

La bonne méthode est de noter brièvement ces réactions sur la feuille d'analyse, mais en ne leur attribuant pas d'autre valeur que celle d'hypothèses, que l'on note sur l'instant pour en garder la mémoire, en se réservant d'y réfléchir, ou de les abandonner, par la suite.

L'important est de bien marquer, matériellement, qu'il ne s'agit pas là d'éléments tirés du texte, mais de points de vue personnels du lecteur. On placera donc toujours ces remarques personnelles entre de doubles parenthèses (()). Sinon, lors de l'utilisation des feuilles d'analyse, qui peut s'étendre sur de longs mois, voire des années, le lecteur ne saura plus ce qui est de l'auteur étudié ou ce qui est remarques personnelles...

Ne pas développer ses remarques personnelles

D'une manière générale, le lecteur, qui doit, à ce premier stade de sa lecture, rester neutre et réceptif, évitera de se laisser aller à trop développer ses remarques personnelles. Celles-ci devront rester rares et brèves. Le lecteur, avant tout, cherchera à saisir ce que dit l'auteur, objectivement, et non pas à se complaire dans ses réactions personnelles face à l'auteur. Beaucoup d'analyses souffrent d'être plus un miroir du lecteur qu'une image de l'oeuvre étudiée. Le temps de la réflexion et de la discussion personnelle ne viendra qu'après l'effort pour percevoir la pensée même de l'auteur étudié, c'est-à-dire seulement après l'achèvement de l'analyse, lors de la synthèse et de la critique.

B - Degrés de la lecture

Caractère personnel de la lecture

Comme toute méthode, celle de la lecture politique institutionnelle n'a qu'une valeur relative. Il est bien certain que le contenu effectif des feuilles d'analyse pourra varier d'un lecteur à l'autre.

Chacun, en effet, lit et comprend un texte en fonction des connaissances qu'il a déjà acquises par ailleurs. Il est vrai aussi que savoir lire un texte, le "voir", est un art qui s'apprend et s'exerce par la pratique. Il n'est pas douteux, enfin, que les difficultés de la lecture varient considérablement d'un texte à l'autre. Tout ceci est bien connu.

Le problème du temps disponible

Mais il est une autre donnée de la question, qui, quoique fort simple, est souvent méconnue : c'est le facteur temps, ce temps qui est très largement le maître de la production intellectuelle...

Avant toute lecture sérieuse, il est indispensable de s'interroger sur le temps dont on dispose et de choisir un degré d'approfondissement de la lecture en fonction de ce temps, compte tenu par ailleurs du résultat que l'on désire obtenir. Cette question du temps disponible doit être clairement abordée -en tant qu'élément déterminant de méthode- avant tout travail. Sinon le temps méconnu se venge lourdement au cours du travail !

Les trois degrés de lecture

Des degrés existent en effet dans la manière de pratiquer effectivement la lecture politique institutionnelle.

A titre d'image illustrant ce propos, trois degrés de lecture peuvent être distingués.

La lecture globale : lecture, non pas rapide et superficielle certes, mais néanmoins seulement destinée à permettre d'acquérir une vision globale valable de l'oeu-

vre. En ce cas, la lecture de 15 à 25 ouvrages par an peut être envisagée. Cette lecture permet de bien connaître l'oeuvre et d'être à même de la situer correctement dans l'ensemble des doctrines politiques. Mais elle ne rend pas apte à en faire une synthèse complète et sûre.

La lecture approfondie : tend à l'acquisition de la connaissance de tous les éléments importants de l'oeuvre se rapportant aux doctrines politiques. On ne dépassera pas, en ce cas, la lecture annuelle de 6 à 10 ouvrages. Les analyses ainsi effectuées permettront de faire des synthèses valables des oeuvres étudiées.

La lecture totale : tend à la connaissance de la totalité des éléments se rapportant à l'optique considérée, les doctrines politiques en ce qui nous concerne. On lira alors par an 1, 2, peut-être 3 ouvrages ; certains ouvrages pourront exiger, à eux seuls, plusieurs années, même en s'en tenant à une seule optique. Ce degré de lecture ne peut être utilisé que par qui veut se spécialiser en ce qui concerne telle oeuvre ou tel mouvement de pensée. Elle est trop onéreuse en temps pour qui veut acquérir une connaissance de l'ensemble de l'optique considérée.

On voit par là que, avant toute préparation d'un mémoire ou d'une thèse, notamment, cette question du temps disponible doit être clairement abordée et réglée avec réalisme.

C - Présentation matérielle des feuilles d'analyse

La question de la réalisation matérielle des feuilles d'analyse n'est pas une affaire de détails mineurs et méprisables. De ses modalités dépend toute l'efficacité du travail intellectuel. Des erreurs de simple organisation matérielle du travail peuvent conduire à des pertes de temps considérables, voire nuire profondément à sa valeur intellectuelle.

Directives pratiques

Il convient d'utiliser un format de papier courant, le plus adapté étant le format machine à écrire. Ne jamais utiliser pour les feuilles d'analyse les formats fiches, qui sont beaucoup trop petits pour ce travail initial.

Il va de soi qu'il ne faut écrire qu'au recto des feuilles : toute documentation doit pouvoir être aisément perçue dans son ensemble.

Une bonne marge est nécessaire pour permettre les compléments, remarques, annotations, renvois ultérieurs éventuels.

Des références précises

Ces feuilles d'analyse seront souvent utilisées longtemps après leur confection et, en tout état de cause, elles doivent toujours permettre de remonter facilement au texte même de l'auteur.

Il convient donc de noter toutes les indications utiles : d'une part, l'indication très précise de l'édition de l'oeuvre utilisée pour la lecture ; d'autre part, et ceci est essentiel, il est indispensable de noter systématiquement, dans la marge de la feuille d'analyse, en face de chaque élément de l'oeuvre noté, la référence précise à l'oeuvre (page, alinéa, numéro le cas échéant). La liaison doit être totale entre l'oeuvre lue et les feuilles d'analyse : ces feuilles sont l'oeuvre elle-même rendue utilisable pour les étapes ultérieures.

§ 3 - Exemples de lecture politique institutionnelle

Deux cas de confection concrète de feuilles d'analyse vont être présentés.

Il doit être bien entendu qu'il s'agit là d'exemples, qui n'ont que la valeur relative de tout exemple et ne doivent nullement être pris pour des modèles parfaits. Comme on l'a dit (ci-dessus, B), la confection des feuilles d'analyse reste toujours un travail personnel.

Textes denses et textes clairsemés

Le premier cas va porter sur un texte que l'on peut considérer comme un texte d'une grande densité, dans l'optique des doctrines politiques. Chaque alinéa apporte des éléments intéressants de thèmes ou d'idées relatifs aux doctrines politiques.

Le second cas porte sur un texte qui, tout en étant en définitive d'un intérêt aussi grand que le premier, présente néanmoins ses éléments relatifs aux doctrines politiques sous une forme beaucoup plus clairsemée ; ces éléments sont en effet épars au milieu de développements de natures diverses, historiques, économiques, juridiques.

Deux remarques doivent être faites à cet égard.

D'une part, la lecture politique institutionnelle d'un texte dense s'avère en fait, le plus souvent, beaucoup moins difficile que celle d'un texte clairsemé.

D'autre part, les textes des grands auteurs intéressant les doctrines politiques se présentent le plus souvent sous la forme de textes clairsemés. Les textes denses sont assez rares, les grands auteurs mêlant presque toujours histoire, philosophie, morale, économie et politique.

A - Cas d'un texte dense

Degré de lecture "approfondie"

L'analyse à laquelle il va être procédé est une analyse "*approfondie*", au sens qui a été donné précédemment à ce terme (ci-dessus § 2, B), c'est-à-dire une analyse permettant de faire ultérieurement une synthèse valable de l'oeuvre du point de vue des doctrines politiques.

Le texte analysé est tiré d'une des oeuvres politiques les plus importantes du XIX^e siècle, les "*Nouveaux principes d'économie politique*" de J.-C.-L. Simonde de Sismondi. Il s'agit du chapitre 1er du Livre Premier, (texte : Collection Perspectives de l'économie, Préface de Jean Weiller, p. 61 à 63).

Texte

Chapitre Premier
Double but de la science du gouvernement

- 61 La science du gouvernement se propose, ou doit se proposer pour but le bonheur des hommes réunis en société. Elle cherche les moyens de leur assurer la plus haute félicité qui soit compatible avec leur nature : elle cherche en même temps ceux de faire participer le plus grand nombre possible d'individus à cette félicité. Dans aucune des sciences politiques on ne doit perdre de vue ce double but des efforts du législateur : il doit soigner tout ensemble le degré de bonheur que l'homme peut atteindre par l'organisation sociale et la participation équitable de tous à ce bonheur...

Feuille d'analyse

- 61 00 "Science du gouvernement" : "but" : "bonheur des hommes réunis en société" :
- "cherche les moyens de leur assurer la plus haute félicité"
 - "faire participer le plus grand nombre possible d'individus à cette félicité".
- D'où "double but des efforts du législateur" : "tout ensemble" :
- "le degré de bonheur que l'homme peut atteindre par l'organisation sociale"
 - "la participation équitable de tous à ce bonheur" ((tous, mais équitable, pas égale))
- ((Question : science ou art du gouvernement ? Dans le titre du chapitre "double but" est associé à la science, mais dans le texte est associé à efforts du législateur, donc art ? Sismondi dans phase intermédiaire entre Machiavel, politique art, habileté, et scientisme politique du XIXè ?))
- ((Législateur : donc Etat intervient : opposition à Ricardo))

Texte

.... Il n'a point accompli sa tâche si, pour assurer des jouissances égales à tous, il rend impossible le

développement complet de quelques individus distingués, s'il ne permet à aucun de s'élever au-dessus de ses semblables, s'il n'en présente aucun comme modèle à l'espèce humaine, et comme guide dans les découvertes qui tourneront à l'avantage de tous. Il ne l'a pas accomplie davantage si, n'ayant pour but que la formation de ces êtres privilégiés, il en élève un petit nombre au-dessus de leurs concitoyens, au prix des souffrances et de la dégradation de tous les autres. La nation où personne ne souffre, mais où personne ne jouit d'assez de loisir ou d'assez d'aisance pour sentir vivement et pour penser profondément, n'est qu'à demi civilisée, lors même qu'elle présenterait à ses classes inférieures une assez grande chance de bonheur. La nation où la grande masse de la population est exposée à de constantes privations, à des inquiétudes cruelles sur son existence, à tout ce qui peut courber sa volonté, dépraver sa morale, et flétrir son caractère, est asservie, dût-elle compter dans ses hautes classes des hommes parvenus au plus haut degré de félicité humaine, des hommes dont toutes les facultés soient développées, dont tous les droits soient garantis, dont toutes les jouissances soient assurées.

62

Lorsque le législateur, au contraire, ne perd pas plus de vue le développement de quelques-uns que le bonheur de tous, lorsqu'il réussit à organiser une société dans laquelle les individus peuvent arriver à la plus haute distinction d'esprit et d'âme, comme aux jouissances les plus délicates, mais dans laquelle en même temps tous les membres de l'association sont assurés de trouver protection, instruction, développement moral et aisance physique, il a accompli sa tâche ; et sans doute c'est la plus belle que l'homme puisse se proposer sur la terre. C'est en suivant ce noble but que la science de la législation est la théorie la plus sublime de la bienfaisance. Elle soigne les hommes et comme nation, et comme individus ; elle protège ceux que l'imperfection de toutes nos institutions met hors d'état de se protéger eux-mêmes, et l'inégalité qu'elle maintient cesse d'être une injustice,

car, si elle favorise quelques hommes, c'est pour préparer en eux à toute l'espèce de nouveaux bien-faiteurs.

Feuille d'analyse

61 00 Problème conciliation élite et masse

- Pour "assurer des jouissances égales à tous", faut pas rendre impossible "le développement complet" des individus les plus "distingués" ((doués)) ; ont le droit de "s'élever" au-dessus des autres ((droit aux avantages personnels des capacités et talents)) ; mais "pas au prix des souffrances et de la dégradation" des autres.
- Nation vraiment "civilisée" :
 - pas seulement absence de souffrance
 - mais "loisir" et "aisance", pour "sentir vivement" ((vivre...)) et "penser profondément" ((intelligence, culture, ouvertures))
- 62
al.1 - Législateur a "accompli sa tâche" si "réussit à organiser une société" où :
 - possible "arriver à la plus haute distinction" du point de vue intellectuel et niveau de vie, "les jouissances les plus délicates"
 - mais où "tous les membres de l'association" ont "protection, instruction, développement moral et aisance physique".
- "La science de la législation" devient alors "la théorie de la bienfaisance" ((Etat du bien-être ; welfare state)) :
 - "soigner les hommes et comme nation et comme individus" ((rapports individus et société : conciliation))
 - protéger les faibles, "ceux que l'imperfection de nos institutions met hors d'état de se protéger eux-mêmes ((à discuter))"
 - maintien de l'inégalité, non plus comme "injustice" ((notion de juste ?)) mais pour que les plus doués soient les "bienfaiteurs" de toute l'espèce.

Texte

Mais rien n'est plus commun dans toutes les sciences politiques que de perdre de vue l'une ou l'autre face de ce double but. Les uns, amants passionnés de l'égalité, se révoltent contre toute espèce de distinction pour évaluer la prospérité d'une nation, ils comparent toujours l'ensemble de sa richesse, de ses droits et de ses lumières avec la quote-part de chacun ; et la distance qu'ils trouvent entre le puissant et le faible, l'opulent et le pauvre, l'oisif et le manouvrier, le lettré et l'ignorant, leur fait conclure que les privations des derniers sont des vices monstrueux dans l'ordre politique. Les autres, considérant toujours abstraitement le but des efforts des hommes, lorsqu'ils trouvent une garantie pour des droits divers, et des moyens de résistance, comme dans les républiques de l'antiquité, appellent cet ordre liberté, lors même qu'il est fondé sur l'esclavage des basses classes. Lorsqu'ils trouvent un esprit ingénieux, des réflexions profondes, une philosophie inquisitive, une littérature brillante, parmi les hommes distingués d'une nation, comme la France avant la révolution, ils voient dans cet ordre social un haut degré de civilisation, lors même que les quatre cinquièmes de la nation ne savent pas lire, et que toutes les provinces sont plongées dans une ignorance profonde. Lorsqu'ils trouvent une immense accumulation de richesses, une agriculture perfectionnée, un commerce prospérant, des manufactures qui multiplient sans cesse tous les produits de l'industrie humaine,

63 et un gouvernement qui dispose de trésors presque inépuisables, comme en Angleterre, ils appellent opulente la nation qui possède toutes ces choses, sans s'arrêter à examiner si tous ceux qui travaillent de leurs bras, tous ceux qui créent cette richesse ne sont pas réduits au plus étroit nécessaire, si le dixième d'entre eux ne recourt pas chaque année à la charité publique, et si les trois cinquièmes des individus de la nation qu'ils appellent riche, ne sont pas exposés à plus de privations qu'une égale proportion d'individus dans la nation qu'ils appellent pauvre.

Feuille d'analyse

- 62 - Difficultés psychologiques à accepter cette conciliation des élites et des masses : opposition des "amants passionnés de l'égalité" et de ceux qui considèrent les choses "abstraitemment".

+ + + +

Texte

L'association des hommes en corps politique n'a pu avoir lieu autrefois, et ne peut se maintenir encore aujourd'hui qu'en raison de l'avantage commun qu'ils en retirent. Aucun droit n'a pu s'établir entre eux s'il n'est fondé sur cette confiance qu'ils se sont réciproquement accordée, comme tendant tous au même but. L'ordre subsiste, parce que l'immense majorité de ceux qui appartiennent au corps politique, voit dans l'ordre sa sécurité ; et le gouvernement n'existe que pour procurer, au nom de tous, cet avantage commun que tous en attendent.

Feuille d'analyse

- 63 00 "L'association des hommes en corps politique"
al.1 repose sur "l'avantage commun" qu'ils en retirent
Le droit établi entre eux est fondé sur la "confiance qu'ils se sont réciproquement accordée, comme tendant tous au même but".
"L'ordre" subsiste parce qu'il est la "sécurité" pour "l'immense majorité".
Le gouvernement n'existe que pour procurer à tous cet "avantage commun"
(fondements du consensus)

+ + + +

Texte

Ainsi les biens divers, inégalement répartis dans la société, sont garantis par elle lorsque de leur inégalité même résulte l'avantage de tous. Les moyens de faire parvenir quelques individus à la plus haute distinction possible, les moyens de tourner cette distinc-

tion individuelle au plus grand avantage de tous, les moyens de préserver tous les citoyens également de la souffrance, et d'empêcher qu'aucun ne soit froissé par le jeu des passions ou la poursuite des intérêts de ses coassociés, tous ces objets divers font également partie de la science du gouvernement ; car tous sont également essentiels au développement du bonheur national.

Feuille d'analyse

63 00 Inégalités dans la propriété des biens

al.2

Propriété inégale des biens est "garantie" lorsque "l'avantage de tous" résulte de cette inégalité.

Les moyens : - de développer élites

- de mettre élites au service de tous

- de préserver les autres de la souffrance

- d'empêcher les heurts sociaux,

font également partie de la science du gouvernement ((art))

car tous sont essentiels au développement du "bonheur national"

((pas simple résumé de son chapitre : développe idée nouvelle que les moyens de réalisation font partie de la "science" du gouvernement, au même titre que les buts définis au début du chapitre : précise ici la portée du mot moyens, qui figure à la 3ème ligne du chapitre, mais sans y avoir alors de portée propre : sa pensée a cheminé au fil de la plume...))

+ + + +

Cas d'une lecture "globale"

Ainsi que nous l'avons indiqué, l'analyse qui précède correspond à une lecture "*approfondie*" (au sens vu ci-dessus § 2, B), qui est le degré de lecture recommandé pour une étude sérieuse des doctrines politiques.

Au cas de lecture simplement "*globale*", on porterait alors sur les feuilles d'analyse l'indication des thèmes et idées essentiels :

- la science du gouvernement a pour but le bonheur des hommes réunis en société ;
- problème de la conciliation des élites et des masses ;
- la société est une association de confiance réciproque ;
- les inégalités doivent tourner à l'avantage de tous.

Une telle analyse permet d'avoir une bonne vue d'ensemble de l'oeuvre ; elle ne fournit en aucune manière les éléments d'une synthèse sérieuse.

Cas d'une lecture "totale"

Au cas de lecture "totale" (totale s'entendant dans la seule optique des doctrines politiques), il conviendrait, en plus de ce qui a été relevé dans l'analyse approfondie ci-dessus, de noter le détail des éléments politiques qui se trouvent dans l'alinéa 2 de la page 62, simplement résumé d'une phrase dans le cadre de l'analyse approfondie ci-dessus. On trouvera alors, dans ce passage, des éléments de la philosophie politique grecque, la plupart des grands thèmes économiques des économistes des écoles française et anglaise du XVIII^e siècle, des thèmes de la Révolution, notamment dans sa phase jacobine, et d'autres encore.. Tout cela est fort intéressant, mais, en définitive, n'apporte pas grand-chose d'important à la connaissance de la contribution propre de Sismondi sur le plan des doctrines politiques. Du point de vue de la connaissance de ces doctrines, qui est l'objet de notre recherche, le temps passé à une telle analyse serait disproportionné par rapport à son résultat : le problème n'est pas de se laisser aller à la jouissance de l'analyse des grandes oeuvres, mais d'en extraire de façon précise ce qui est utile à la connaissance des doctrines politiques, sans se laisser détourner de ce but par la tentation des sentiers de traverse qui s'offrent au cours de toute lecture d'une grande oeuvre.

B - Cas d'un texte clairsemé

A l'inverse du précédent, texte d'une grande densité, dans celui qui va être maintenant analysé les éléments constituant des thèmes ou des idées relatifs aux doctrines politiques sont disséminés au milieu d'importants développements de caractère historique, agricole, juridique et sociologique.

Difficultés des textes clairsemés

On va constater que l'analyse d'un texte ainsi clairsemé -qui, comme on l'a dit, constitue le cas qui sera le plus fréquemment rencontré- est plus difficile à effectuer que celle d'un texte dense, tel que le précédent.

D'une part, un effort d'acuité plus grand est nécessaire pour percevoir les éléments relatifs aux doctrines politiques, alors que ceux-ci ne constituent plus des blocs homogènes de nature politique, mais sont éparés au milieu de développements de caractères divers.

D'autre part, lors de l'analyse d'un texte clairsemé, il est également plus malaisé de ne pas succomber à la tentation de se laisser aller à analyser tout ce qui est intéressant, même ce qui est étranger à l'optique de lecture choisie. Ici, ce ne sont plus quelques sentiers de traverse qui s'offrent au regard ; ce sont de vastes avenues -celles de l'histoire, de la philosophie, de la sociologie- dans lesquelles le lecteur risque de s'engager, et qui le conduiront loin de son objectif propre.

Une lecture est une discipline

Il est dès lors indispensable de se pénétrer de cette conviction qu'une "lecture" est une discipline. Le lecteur ne doit jamais oublier son but propre - les doctrines politiques, dans notre cas, et non pas l'histoire, ou la technique juridique, ou la philosophie, ou la sociologie, ou quoi que ce soit. Il faut avoir la volonté d'éviter le risque du "*c'est intéressant en soi...*". En un mot, sans oeilères certes, mais conscient de la spécificité de son objectif, il faut savoir ne pas tout noter, il faut savoir passer...

Si ces principes sont respectés, la lecture sélective s'avérera être, non point bornée ou frustrante, mais un exercice intellectuel exigeant et bénéfique, requérant perception aigüe du texte, rigueur de qualification des éléments perçus, rapidité de décision en ce qui concerne les choix à opérer.

Le texte qui va être analysé est également tiré des "*Nouveaux principes d'économie politique*" de Sismondi.

Il s'agit cette fois du Chapitre 5 du Livre Premier (édition précitée, p. 168 à 175).

Comme pour le texte précédent, le degré d'analyse pratique est celui de la lecture "approfondie".

Texte

Chapitre V

De l'exploitation par métayers, ou à moitié fruits

168 Les invasions des barbares dans l'empire romain introduisirent, avec des moeurs nouvelles, de nouveaux systèmes d'exploitation. Les conquérants, devenus propriétaires, beaucoup moins épris des jouissances de luxe, et beaucoup plus guerriers que ceux qu'ils avaient vaincus, avaient besoin d'hommes, plus encore que de richesses ; ils avaient renoncé au séjour des villes, et ils s'étaient établis dans les campagnes. Ils faisaient de leurs châteaux une petite principauté, qu'ils voulaient pouvoir défendre par eux-mêmes, et ils sentaient le besoin d'obtenir l'affection de ceux qui dépendaient d'eux. Le relâchement du lien social, et l'indépendance des grands propriétaires produisirent les mêmes effets au-dedans et au-dehors des limites de l'ancien empire romain. Depuis l'époque de son renversement, les maîtres, dans toute l'Europe, commencèrent à améliorer la condition de ceux qui dépendaient d'eux ; et ce retour à l'humanité eut la conséquence qu'on en devait attendre ; il augmenta rapidement la population, la richesse et le bonheur des campagnards.

Différents expédients se présentaient pour rendre aux esclaves et aux cultivateurs un intérêt dans la vie, une propriété, et une affection pour leur travail, aussi bien que pour le lieu qui les avait vus naître, et pour leur seigneur. Ils ont été adoptés par différents peuples, et ils ont eu l'influence la plus décisive sur les progrès subséquents de la richesse territoriale et de la population.

En Italie, dans une portion de la France et de l'Espagne, et probablement dans la plus grande partie de l'ancien empire romain, le maître partagea sa terre entre ses vassaux, et convint avec eux de par-

169 tager en nature les récoltes. C'est l'exploitation à moitié fruits.

En Hongrie, en Pologne, en Bohême, et dans toute la partie de l'Allemagne où s'étaient répandus les Slaves, le maître affranchissant beaucoup moins ses esclaves, et les conservant toujours sous une dépendance absolue, comme serfs ascrits à la glèbe, leur donna cependant en partage la moitié de ses terres, et s'en réserva l'autre moitié. Il voulut partager non les fruits de leurs labeurs, mais le labeur lui-même et il les obligea à travailler gratuitement pour lui, deux, trois, et en Transylvanie, quatre jours par semaine. C'est l'exploitation par corvées.

En Russie, et dans plusieurs provinces de France et d'Angleterre, le maître distribuant aussi ses terres à ses vassaux, au lieu de vouloir entrer en partage ou de leur temps, ou de leurs récoltes, leur imposa une capitation. Les terres incultes, toujours à portée d'être défrichées, étaient en si grande abondance, qu'il n'y avait à ses yeux aucune autre différence entre la condition des familles de cultivateurs, que celle du nombre d'ouvriers dont elles étaient composées. A la capitation fut toujours jointe l'obligation de services personnels, et le maintien du vassal dans une condition servile. Cependant, selon que les lois protégeaient plus ou moins la liberté des sujets, l'exploitation par capitation ramena les cultivateurs à une condition plus ou moins aisée. En Russie, ils ne sortirent point de l'esclavage de la glèbe ; en Angleterre, ils arrivèrent, par une transition facile, au rang de fermiers.

La culture par métayers, ou l'exploitation à moitié fruits, est peut-être une des plus heureuses inventions du Moyen-Age : c'est celle qui a contribué le plus à répandre le bonheur dans les classes inférieures, à porter la terre au plus haut degré de culture, et à y accumuler le plus de richesses. C'est le passage le plus naturel, le plus facile et le plus avantageux pour élever l'esclave au rang de l'homme libre, pour former son intelligence, lui enseigner l'économie et la tempérance, et déposer entre ses mains une propriété dont il n'abusera pas.

170 Le paysan est supposé n'avoir point ou presque point de capitaux ; mais le maître lui remet sa terre ense-

mencée et en plein rapport ; il le charge d'y faire tous les ouvrages, de la maintenir dans le même état de culture, il exige de lui la moitié de toutes les récoltes, et il se fait rendre, à l'expiration du bail, la terreensemencée, les étables garnies, les vignes soutenues d'échalas, chaque chose enfin dans le même état de plein rapport dans lequel il l'a livrée.

Le métayer se trouve débarrassé de tous les soins qui, dans d'autres pays, pèsent sur la classe inférieure du peuple. Il ne paie point d'impôt direct ; son maître en reste seul chargé. Il ne paie point à son maître de redevances en argent. Il n'est donc appelé à acheter ou à vendre que pour sa propre économie domestique. Le terme auquel le fermier doit payer l'impôt ou la rente ne le presse point, et ne le contraint point à vendre à vil prix, avant la saison, la récolte qui récompense son industrie. Il a besoin de très peu de capitaux, parce qu'il n'est point marchand de denrées ; les avances fondamentales ont été faites une fois pour toutes par son maître ; et, quant aux travaux journaliers, il les fait lui-même avec sa famille. Car l'exploitation par métayers cause toujours en résultat une grande division des terres, ou ce qu'on nomme la petite culture.

Dans cette exploitation, le paysan s'intéresse à la propriété comme si elle était à lui ; il trouve dans sa métairie toutes les jouissances par lesquelles la libéralité de la nature récompense le travail de l'homme, sans que sa part soit assez abondante pour qu'il puisse lui-même se dispenser de travailler. Il n'y a donc dans la campagne aucun rang inférieur au sien, point de journaliers, point de valets de ferme dont la condition soit plus mauvaise ; la sienne cependant est tolérable. Son industrie, son économie, le développement de son intelligence augmentent régulièrement son aisance : dans les bonnes années il jouit d'une sorte d'opulence ; il ne demeure point exclu du festin de la nature qu'il prépare ; il dirige ses travaux d'après sa propre prudence, et il plante pour que ses enfants recueillent les fruits.

Le haut état de culture des plus belles parties de l'Italie, et surtout de la Toscane, où les terres sont généralement exploitées de cette manière, l'accumulation d'un capital immense sur le sol, l'invention des assolements les mieux entendus, et de beaucoup

de procédés industriels qu'un esprit très développé et très observateur a seul pu déduire des opérations de la nature, le rassemblement d'une population très nombreuse sur un terrain fort limité, et presque partout peu fertile, montrent assez que ce genre d'exploitation peut être aussi avantageux au pays même qu'au paysan ; qu'il peut tout ensemble rendre très heureuse la classe inférieure vivant au travail de ses mains, et tirer de la terre des fruits abondants, pour les répandre avec profusion entre les hommes.

Depuis l'affranchissement de Saint-Domingue, l'exploitation par métayers y a aussi été introduite, et les Haïtiens ont fait, en l'adoptant, preuve d'une haute sagesse. Tandis que les philanthropes anglais cherchent le moyen d'affranchir graduellement les nègres de leurs colonies, les Haïtiens ont montré à côté d'eux, à leur porte, le moyen pratique, le moyen infaillible d'accoutumer l'affranchi au travail, de l'y intéresser, de réveiller son intelligence, et de lui faire goûter les charmes de la propriété acquise par l'industrie. Toutes les plantations sont cultivées à moitié fruits à Haïti, à la réserve des sucreries, qui demandent l'avance d'un capital très considérable ; cette avance étant faite par le propriétaire, la part du colon est réduite au quart du produit net en sucre, et elle est pleinement équivalente à la moitié de tout autre produit.

Feuille d'analyse

- 168 00 Nécessaire à celui qui travaille : "un intérêt dans
al.2 la vie, une propriété, une affection pour leur travail".
- 169 Rapports entre modes juridiques d'exploitation des terres et bonheur et richesse :
- al.3 - "répandre le bonheur dans les classes inférieures".
- 170 - "dans cette exploitation le paysan s'intéresse à la propriété comme si elle était à lui" ; "il ne demeure point exclu du festin de la nature qu'il prépare" ((allusion à Malthus : pas de place pour tous au festin de la nature)) ; "il dirige ses travaux d'après sa propre prudence ; il plante pour que ses enfants recueillent les fruits".
- 171 "Les charmes de la propriété acquise par l'in-
al.1 dustrie".

Texte

171 *fin* Cependant il s'en faut de beaucoup que ce système d'exploitation ait eu en France des effets aussi avantageux. D'une part il a été altéré, parce qu'on a en général chargé le métayer de payer ou de faire l'avance des impositions ; et qu'en le soumettant à la nécessité de trouver de l'argent à jour fixe, on lui a fait éprouver tous les embarras et toutes les pertes du petit fermier. D'autre part, il a été adopté surtout dans les provinces au midi de la Loire, où il y a peu de grandes villes, peu de foyers de lumières, peu de communications, et où l'on remarque que les paysans sont demeurés dans une profonde ignorance, attachés à leurs habitudes, à leurs routines agricoles, et incapables de suivre la marche de la civilisation du reste de la France. C'est l'exploitation en usage dans cette Vendée, où le paysan est encore dans une dépendance absolue de son seigneur et de son curé, où la révolution n'a changé aucun de ses rapports, et n'a ajouté à aucun de ses droits, où aucune instruction ne peut pénétrer dans les campagnes, et aucun préjugé ne semble altérable.

En effet, l'exploitation par métayer est un premier progrès dans la condition du laboureur, mais elle ne suffit pas seule pour assurer d'autres progrès successifs ; la condition du paysan est assez heureuse, mais elle est toujours la même : le fils est exactement à la place où se trouvait son père ; il ne songe point à devenir plus riche, il ne tente point de changer d'état. On croirait voir une de ces castes de l'Inde, que la religion attache irrévocablement aux mêmes métiers et aux

172 mêmes pratiques. Dans un pays comme la France, où tout avance, où tout chemine avec activité, une classe qui, dans plusieurs provinces, fait les neuf dixièmes de la population, et qui reste stationnaire depuis quatre ou cinq siècles, doit être fort en arrière de toute la nation. La même classe en Italie avait participé aux progrès de la civilisation générale, parce qu'elle ne faisait guère que la moitié de la nation, qu'elle se mêlait sans cesse avec la moitié citadine, et que, dans le temps du moins où l'Italie a reçu son vrai développement, les villes si nombreuses dans cette contrée, et autrefois si florissantes, faisaient des progrès rapides vers les lumières de tout genre.

En France, un gouvernement libéral et constitutionnel ne sera solidement établi dans les provinces contre-révolutionnaires du midi de la Loire, que lorsqu'une partie des terres sera possédée en propre par les cultivateurs, qu'une autre classe de paysans, animés de plus d'espoir et éclairés de plus de lumières, se trouvera mêlée avec celle des métayers ; et que ceux-ci verront enfin la possibilité d'un progrès devant eux, au lieu de regarder toujours en arrière.

Feuille d'analyse

- 171 00 "La condition du paysan est assez heureuse, mais
al.1 elle est toujours la même : le fils est exactement à la place où se trouvait le père ; il ne songe point à devenir plus riche, il ne tente point de changer d'état" ((problème de la mobilité sociale)).
- 172 "une classe... qui reste stationnaire... doit être fort en arrière".
- al.2 En France, le gouvernement libéral et constitutionnel ne sera solidement établi dans les provinces contre-révolutionnaires que lorsque les cultivateurs seront propriétaires.

+ + + +

Texte

- 172 Dans quelques parties de l'Italie, où les mêmes inconvénients ne se font pas sentir, on en éprouve un autre dans un accroissement démesuré de la population, qui est aussi attaché au système des métayers. Comme la propriété et la sûreté individuelle sont tolérablement garanties pour cette classe, la population agricole a bientôt atteint ses limites naturelles ; c'est-à-dire que les métairies se sont divisées et subdivisées, jusqu'au point où, dans l'état donné de la science rurale, une famille a pu se maintenir dans une honnête aisance, par un travail modéré, avec sa part des récoltes, sur l'espace de terre qui lui était demeuré. Nous avons vu que, dans l'exploitation patriarcale, la population se serait arrêtée là ; si on laissait faire les métayers, elle s'y arrêterait aussi dans l'exploitation à moitié fruits ; mais ils ne sont pas seuls maîtres de leur sort. On ne voit jamais une famille

de métayers proposer à son maître de partager sa métairie, à moins que le travail ne soit réellement supérieur à ses forces, et qu'elle ne sente la certitude de conserver les mêmes jouissances sur un moindre espace de terrain. on ne voit jamais dans une famille plusieurs fils se marier en même temps, et former autant de ménages nouveaux ; un seul prend une femme et se charge des soins du ménage ; aucun de ses frères ne se marie, à moins que le premier n'ait pas d'enfant, ou que l'on n'offre à cet autre frère une nouvelle métairie.

Mais la propriété est héréditaire ; une métairie dépend du bon

173 plaisir d'un maître. Une famille de métayers peut être renvoyée ou pour ses démérites, ou par le caprice des propriétaires ; et aussitôt il s'offre des seconds fils de familles de paysans, prêts à se marier, et à en former une nouvelle. La première, réduite à la misère en perdant son travail, offre ses services à tous les propriétaires ; pour les faire accepter, elle est prête à se soumettre à des conditions plus onéreuses. Les seconds fils, qui désirent se marier, offrent aussi leurs bras, et il en résulte une folle enchère, qui engage les propriétaires à diviser leurs métairies par-delà des bornes convenables. Chaque division, en augmentant la quantité de travail employé sur la terre, augmente aussi son produit brut : mais, sur ce produit, les reprises des laboureurs devraient être toujours plus grandes ; elles sont cependant toujours égales. Le propriétaire qui prend la moitié du produit brut, voit à chaque morcellement augmenter son revenu ; le paysan, échangeant beaucoup plus de travail contre une quantité égale, voit diminuer le sien. Les métayers, en se disputant ainsi la part que veulent bien leur laisser les propriétaires arrivent enfin à se contenter de la plus chétive subsistance, d'une portion qui suffit à peine dans les bonnes années, et qui dans les mauvaises, les laisse en proie à la famine.

Cette espèce de folle enchère a réduit les paysans des Rivières de Gênes, de la république de Lucques, de plusieurs provinces du royaume de Naples, à se contenter du tiers des récoltes au lieu de la moitié. Dans une magnifique contrée que la nature avait enrichie de tous ses dons, que l'art a ornée de tout

son luxe, et qui prodigue chaque année les plus abondantes récoltes, la classe nombreuse, qui fait naître tous les fruits de la terre, ne goûte jamais ni le blé qu'elle moissonne, ni le vin qu'elle presse. Son partage est le millet africain et le maïs, et sa boisson la piquette ou l'eau dans laquelle a fermenté le marc du raisin. Elle lutte enfin constamment avec la misère. Le même malheur serait probablement arrivé au peuple de Toscane, si l'opinion publique ne protégeait le cultivateur ; mais un propriétaire n'oserait imposer des conditions inusitées dans le pays, et, en changeant un métayer contre un autre, il ne change rien au contrat primitif. Cependant, dès que cette opinion est nécessaire au maintien de la prospérité publique, il vaudrait mieux qu'elle fût sanctionnée par une loi.

Feuille d'analyse

- 172 00 "Mais la propriété est héréditaire..." :
 al.3 conséquence : le propriétaire peut imposer ses conditions au métayer, d'où concurrence entre candidats à une métairie.
- 173
 al.1 "La classe nombreuse, qui fait naître tous les fruits de la terre, ne goûte jamais ni le blé qu'elle moissonne, ni le vin qu'elle presse. Son partage est le millet africain et le maïs"... Situation différente en Toscane, où l'opinion interdit à un propriétaire de modifier les conditions du métayage lorsqu'il change de métayer. C'est bien, mais "cependant, dès que cette opinion est nécessaire au maintien de la prospérité publique, il vaudrait mieux qu'elle fût sanctionnée par une loi".
 ((Idée d'intervention de l'Etat pour fixer les règles du jeu économique, ici statut de métayage - Idée aussi que dès qu'une pratique, un usage, s'avère bon, conviendrait de le consacrer législativement)).

+ + + +

Texte

- 173 C'est une vérité sur laquelle les économistes ont fin beaucoup insisté, que chacun entend mieux son propre intérêt que le gouvernement ne saurait le faire ; d'où ils ont conclu que toute la partie de la

174 législation qui cherche à diriger chacun dans le soin de sa propre fortune, est toujours inutile et souvent pernicieuse. Mais ils ont affirmé trop légèrement que l'intérêt de chacun d'éviter un plus grand mal doit être le même que l'intérêt de tous. Il est de l'intérêt de celui qui dépouille son voisin, de le voler, et il est de l'intérêt de celui-ci de le laisser faire s'il a la force en main, pour ne pas se faire assommer ; mais il n'est pas de l'intérêt de la société que l'un exerce la force, et que l'autre y succombe. Or, l'organisation sociale tout entière nous représente à chaque pas une même contrainte, non pas toujours avec les mêmes caractères de violence, mais avec le même danger d'y résister. La société a presque toujours, par ses institutions, donné naissance à cette contrainte ; elle ne doit pas l'appuyer encore de tout son poids. Elle a mis le plus souvent le pauvre dans la nécessité de se soumettre à des conditions onéreuses, et toujours plus onéreuses, sous peine de mourir de faim ; en le plaçant dans cette situation périlleuse, c'est à elle de prendre sa défense. L'intérêt du corps des métayers est sans doute de ne pas se contenter de moins de la moitié de la récolte pour prix de leur travail ; mais l'intérêt du métayer qui a perdu sa place, et qui n'en peut point trouver de nouvelle, est de se contenter du tiers, de moins que le tiers, et de mettre ainsi en danger la subsistance de tous ses pareils. L'intérêt des ouvriers qui travaillent en journée est sans doute que le salaire d'un travail de dix heures par jour leur suffise pour vivre, et pour élever leurs enfants jusqu'à ce que leur corps soit complètement formé ; c'est bien aussi l'intérêt de la société ; mais l'intérêt du journalier sans ouvrage est de trouver du pain à quelque prix que ce soit ; il travaillera quatorze heures par jour, il fera entrer ses enfants dès l'âge de six ans dans une manufacture, et il compromettra avec sa santé et sa vie l'existence de toute sa classe, pour échapper à la pression actuelle du besoin.

Feuille d'analyse

173 "Les économistes" : désigne ici aussi bien les
al.2 Physiocrates que l'Ecole classique anglaise (Smith, Ricardo).

174 00 Problème des rapports entre intérêt personnel et intérêt de la société.

Parabole du voleur et du volé ((mauvais exemple, Sismondi force la note : correspond pas à la réalité économique analysée par les économistes : le voleur ne produit rien et ne fournit aucun service)).

"L'organisation sociale" représente des contraintes : toute "institution" donne naissance à une contrainte ((cela est vrai, même pour les institutions les plus utiles)) ; faut pas que "la société" appuie encore le poids de ces contraintes, notamment en ce qui concerne "le pauvre", obligé de se soumettre à ces institutions (telles que le métayage) ; "en le plaçant dans cette situation périlleuse, c'est à elle à prendre sa défense" ((est-ce vraiment la société qui place le pauvre dans cette situation ? Problèmes des difficultés nées de la matière ; problèmes des efforts de chacun ?)) ((Ceci étant, idée intéressante : toute institution représente une contrainte ; les plus faibles ont besoin d'être protégés contre cette contrainte, et non pas d'en subir totalement le poids sans intervention du législateur : idée de Sismondi : en soi le métayage est une bonne institution ; mais il peut en résulter une contrainte très lourde pour le métayer si le propriétaire peut utiliser librement tout le pouvoir économique que lui confère sa propriété ; il faut donc que le législateur intervienne pour protéger le métayer)).

+ + + +

Texte

174 *La législature anglaise a senti récemment la fin nécessité d'intervenir dans les contrats entre le pauvre et le riche, pour protéger le plus faible ; elle a fixé l'âge au-dessous duquel on ne pourrait recevoir les enfants dans les manufactures, tout comme le nombre d'heures pendant lesquelles on pourrait les obliger au travail. La législation des empereurs romains, qui certes n'était pas libérale en faveur des dernières classes, avait pris sous sa protection les colons, dont la condition paraît s'être rapprochée de celle des serfs russes, soumis à la capitation. Une loi de l'empe-*

175 reur Constantin (Codex Justiniani, lib. XI, rit. 49, lex 1) porte : "Tout colon dont le maître exige une plus forte redevance qu'il n'avait fait auparavant, et que l'on ne l'avait fait avant lui dans les temps antérieurs, doit s'adresser au premier juge en présence duquel il pourra se trouver, et prouver ce délit, pour que celui qui sera convaincu d'avoir plus demandé qu'il n'avait coutume de percevoir, reçoive défense de continuer, et soit contraint de rembourser ce qu'il a extorqué de plus que son droit." Et comme les serfs ne pouvaient traduire leur maître en justice, une loi postérieure d'Arcadius et Honorius (ibid., 1.II) leur en donne le droit formel dans cette occasion.

En général, dès qu'il n'y a plus de terres vacantes, les maîtres du sol exercent une sorte de monopole contre le reste de la nation ; la loi autorise ce monopole en permettant l'appropriation des terres ; elle l'a jugé utile à la société, et l'a pris sous sa protection ; mais partout où le monopole existe, le législateur doit interposer son autorité, pour que ceux qui en jouissent n'en abusent pas. Sans la permission de la classe comparativement peu nombreuse des propriétaires de terre, aucun homme dans la nation ne pourrait ni travailler lui-même, ni rendre la terre fertile, ni obtenir de nourriture. Les économistes en ont conclu que les propriétaires étaient seuls souverains, et qu'ils pourraient renvoyer la nation de chez eux quand il leur plairait. Bien plutôt on doit en conclure qu'un privilège aussi prodigieux n'a pu être accordé que dans l'intérêt de la société, et que c'est à la société à le régler. Elle aurait pu tout aussi bien accorder la propriété des eaux, et aucun homme n'aurait pu boire sans le consentement des propriétaires des rivières ou de leurs fermiers. Elle ne l'a pas fait, uniquement parce qu'il n'en serait résulté aucun avantage social. Elle a accordé la propriété de la terre ; mais, en le faisant, elle doit garantir aussi l'avantage social qu'elle en a attendu. Elle doit veiller aux intérêts de ceux qui demandent à la terre ou de la nourriture ou du travail.

175 00 Problème de la propriété

- L'appropriation privée des terres a été autorisée par la loi parce qu'elle "l'a jugée utile à la société" ; "mais partout où le monopole existe, le législateur doit interposer son autorité, pour que ceux qui en jouissent n'en abusent pas".
- S'agit pas de considérer les propriétaires comme "souverains" : "bien plutôt on doit en conclure qu'un privilège aussi prodigieux n'a pu être accordé que dans l'intérêt de la société, et que c'est à la société à le régler".
- Société aurait pu "tout aussi bien accorder la propriété des eaux, et aucun homme n'aurait pu boire sans le consentement des propriétaires des rivières. Elle ne l'a pas fait, uniquement parce qu'il n'en serait résulté aucun avantage social" ((Exemple eau est mauvais : Sismondi a tort de raisonner sur quelque chose qui n'existe pas en fait ; d'autre part, eau pose pas même problème que terre : terre doit être travaillée pour produire, et c'est dans la mesure où ce travail est amélioré par le fait de la propriété privée que cette appropriation privée est bonne)).
- Comme elle garantit la propriété privée, la société doit "garantir aussi l'avantage social qu'elle en a attendu. Elle doit veiller aux intérêts de ceux qui demandent à la terre ou de la nourriture ou du travail".
((Noter notion d'avantage social, énoncé au début du XIXè).

+ + + +

SECTION II

LA SYNTHÈSE : la construction politique institutionnelle

La synthèse est l'opération qui consiste, à partir de la connaissance des parties d'un tout, à déterminer les rapports entre ces parties, afin de percevoir le tout dans sa cohérence et son homogénéité, puis d'en établir une construction d'ensemble, de telle sorte que la connaissance porte tout à la fois sur les parties et le tout.

La synthèse est l'exploitation des résultats de l'analyse, au sens exact du mot exploitation : faire valoir, tirer parti de, pour la fin poursuivie, c'est-à-dire la connaissance des doctrines politiques.

Il s'agit, à partir des matériaux bruts recueillis lors de l'analyse, de percevoir leurs rapports, en vue de connaître réellement dans son ensemble l'oeuvre étudiée, et, au-delà de l'oeuvre, d'accéder à la connaissance de la doctrine politique à laquelle elle se rattache.

La synthèse comprend deux phases : une phase préparatoire, celle de la confection des "*fiches d'exploitation*", fiches de thèmes et fiches d'idées ; ensuite, à partir de ces fiches, la phase de construction.

§ 1 - La phase préparatoire : les fiches d'exploitation

La confection des fiches d'exploitation est la deuxième étape essentielle de la méthode de la connaissance des doctrines politiques.

Ces fiches vont en effet servir à "*mobiliser*" les matériaux recueillis dans les feuilles d'analyse, en vue de les rendre, aisément et sûrement, utilisables pour la synthèse.

A - Objet des fiches d'exploitation**Etablir une fiche par thème ou par idée**

Une fiche doit être établie pour chaque "*thème*" ou chaque "*idée*", susceptibles d'être relevés parmi les matériaux notés sur les feuilles d'analyse, au sens où les termes thème et idée ont été définis précédemment (v. ci-dessus, section I, § 1).

Ce n'est nullement là un simple travail matériel, mais tout au contraire une étape essentielle de l'effort vers la connaissance : il s'agit de dominer intellectuellement la documentation brute recueillie. L'opération consiste, par un effort de conceptualisation et de qualification, à déterminer, parmi les matériaux notés sur les feuilles d'analyse, tous les thèmes traités par l'auteur et toutes les idées énoncées par lui.

Rédaction des fiches

Une fiche étant établie pour chacun de ces thèmes et chacune de ces idées, on y portera, de manière schématique, en style très abrégé, l'indication des éléments correspondant à ce thème ou à cette idée, dans l'ordre où ces éléments se présentent sur les feuilles d'analyse. En face de chacun de ces éléments, on notera de façon précise la référence à l'oeuvre (page, etc...), permettant de remonter directement au texte même de celle-ci, ainsi qu'à la feuille d'analyse, puisque cette même référence à l'oeuvre doit y avoir précisément été portée en marge.

Il convient de bien saisir qu'il n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, de reporter sur les fiches tout ce qui a été noté sur la feuille d'analyse en ce qui concerne chacun des éléments devant être signalés sur la fiche. Comme on vient de le dire, une indication abrégée est suffisante.

Rôle des fiches

L'utilité des fiches n'est pas en effet de se substituer aux feuilles d'analyse lors du travail de synthèse, mais de permettre d'utiliser ces feuilles commodément et sûrement en sachant, pour chaque thème ou idée, à quel passage des feuilles d'analyse il convient de se reporter - avec la possibilité de toujours remonter au texte même de l'oeuvre. Ceci est essentiel : les fiches ne doivent pas faire écran devant les feuilles d'analyse, et encore moins devant le texte de l'oeuvre elle-même ; ces fiches sont en réalité des guides qui dirigent, pour chaque thème ou idée, vers les passages utiles des feuilles d'analyse et du texte lui-même de l'oeuvre. En définitive, ce sont les feuilles d'analyse, avec tout ce qui s'y trouve porté - matériaux extraits de l'oeuvre et remarques personnelles-

qui resteront l'instrument de travail de base lors des étapes ultérieures de la synthèse, de la critique, puis de l'exposition.

Importance des intitulés

Un intitulé précis doit être donné à chaque fiche, et porté en tête de celle-ci. Cet intitulé devra être en forme substantive pour les thèmes et en forme de phrase pour les idées. Le soin apporté au libellé de cet intitulé est très important : c'est à travers cet aspect formel que se fait, en réalité, le travail de fond essentiel de la conceptualisation et de la qualification des matériaux notés lors de l'analyse.

Cas des recoupements

Lorsque -ce qui est fréquent- plusieurs thèmes ou idées se recoupent les uns les autres, il convient purement et simplement d'établir plusieurs fiches distinctes. Il est de bonne méthode d'éviter les rattachements prématurés ; mieux vaut ouvrir plus de fiches que moins, alors qu'il sera toujours aisé de les fondre en une seule ultérieurement si la chose s'avère nécessaire, tandis que les divisions s'avèrent en pratique toujours plus difficiles à réaliser et plus onéreuses en temps.

B - Présentation matérielle des fiches d'exploitation

Directives pratiques

Les fiches doivent être établies sur un format commode à manipuler. Il est inutile et encombrant d'utiliser des fiches en papier fort ou cartonné. Le format machine, coupé en deux, convient fort bien pour cet usage. Si plusieurs feuillets sont nécessaires pour une même fiche, on ne manquera pas de les agraffer ensemble aussitôt : il n'y a pas de travail intellectuel valable et efficace sans une documentation facile à manipuler et écartant tout risque de perte ou de mélanges.

Rappelons encore qu'il est indispensable d'indiquer la référence à l'oeuvre en face de chaque élément noté sur la fiche.

C - Exemples de fiches d'exploitation

Exemples de choix de fiches

A titre d'exemple, nous allons établir les fiches susceptibles d'être confectionnées à partir des feuilles d'analyse des deux chapitres de Sismondi qui ont fait l'objet de notre lecture politique institutionnelle (texte dense et texte clairsemé, ci-dessus section I, § 3).

Les propositions de fiches ci-dessous ne doivent pas être prises pour des modèles parfaits : de même qu'il en est de la confection des feuilles d'analyse, l'établissement des fiches est, lui aussi, un travail personnel, dont les résultats effectifs sont conditionnés par les connaissances propres et la tournure d'esprit de celui qui les établit.

Voici la liste des fiches proposées à partir des feuilles d'analyse précédemment confectionnées :

a) Fiches de thèmes

- 1 - Notion de science du gouvernement
- 2 - Conciliation élites et masse
- 3 - Théorie de la bienfaisance par l'Etat
- 4 - Consensus social
- 5 - Problème des interventions du législateur
- 6 - Propriété
- 7 - Institutions sociales (contraintes)
- 8 - Immobilisme social
- 9 - Bonheur (éléments)

b) Fiches d'idées

- A - Le bonheur est le but du gouvernement et de la société
- B - La société doit respecter la nature (inégalité des dons)
- C - La société doit être "*civilisée*"
- D - La société est une association
- E - L'ordre véritable est la sécurité pour tous
- F - Les faibles doivent être protégés.

Exemples de confection de fiches

Toujours dans le même esprit, à titre d'exemples indicatifs, voici comment nous confectionner quelques-unes de ces fiches :

=====

Fiche : (3) Théorie de la bienfaisance par l'Etat
thème

- 62 Conciliation individu et société
al.1
- 174 Protection des faibles
- 175 Garantir l'avantage social

=====

Fiche : (5) Problème des interventions du législateur
thème

- 61 Buts efforts législateur :
- quantité de bonheur
- participation au bonheur
- 62 "Organiser la société" ((portée notion organisation))
En respectant nature (inégalités) mais en protégeant les faibles
- 63 Moyens précis :
al.2
- développer élites
- élites au service de tous
- préserver faibles de la souffrance
- empêcher heurts
- 173 Point de vue formel : confirmer usages
al.1 utiles
- 174 Protection accrue des faibles
- 175 Garantir la propriété (dans la mesure de son intérêt social)

Tout en fonction de "l'avantage social"

=====

- Fiche : (9) Bonheur (éléments)
thème
- 61 "Loisirs" et "aisance" pour "sentir" et "penser"
- 168 Nécessité d'un "intérêt dans la vie, une propriété, une affection pour leur travail"
- 169 Rapports modes exploitation des terres et bonheur
- 170 "Pas être exclu du festin..."
al.2

=====

- Fiche : (A) Le bonheur est le but du gouvernement
idée et de la société
- 61 v. éléments de base de l'idée
- Le bonheur de tous
- Société doit :
- créer le plus possible de bonheur
 - faire participer le plus grand nombre au bonheur
- 63 Recherche de l'avantage commun
al.1
- 63 Le "bonheur national"
al.2

=====

- Fiche : (E) L'ordre véritable est la sécurité pour tous
idée
- 63 v. éléments de base de l'idée
al.1
- 175 Tout doit être jugé en fonction de l'avantage social

=====

Exercice pratique

Il convient maintenant de procéder de la manière suivante :

- confronter les cinq exemples de fiches ci-dessus au texte des feuilles d'analyse (ci-dessus, section I, § 3).

- procéder à la confection des fiches de thèmes et d'idées portées sur la liste proposée, autres que les cinq ci-dessus établies.

- oublier la liste de fiches proposée et les cinq exemples ci-dessus, et procéder, à partir des feuilles d'analyse elles-mêmes, à l'établissement de ses propres fiches.

Nota : ce ne serait pas gagner du temps dans l'acquisition de la méthode, et dans son adaptation aux connaissances et à la tournure d'esprit de chacun, que de prétendre pouvoir se passer des deux premières des trois étapes ci-dessus...

§ 2 - La construction : le plan

La construction a pour objet de mettre en lumière les rapports existant entre les divers éléments de thèmes et idées traités dans l'oeuvre, tant en ce qui concerne les liens logiques existant entre ces éléments que leur importance relative au sein de l'oeuvre, de telle sorte que, d'une manière globale, mais cependant constamment étayée sur des éléments précis tirés de l'analyse, il soit possible de faire apparaître la signification de l'ensemble de l'oeuvre étudiée et de déterminer la nature de son apport dans le domaine des doctrines politiques.

La construction implique des opérations successives : une opération préliminaire, le classement des fiches de thèmes et d'idées ; ensuite la préparation de la construction proprement dite, c'est-à-dire la recherche d'un plan.

A - Classement des fiches d'exploitation

La construction comporte une étape préliminaire, qui est celle du classement des fiches d'exploitation précédemment établies.

De l'ordre en vue d'une réflexion mémorisante

Il convient en effet de classer ses fiches, d'une part et d'abord les fiches de thèmes, d'autre part et ensuite les fiches d'idées, en un ordre aussi cohérent que possible (du général au particulier ; par rapprochement de types ; finalités d'abord, institutions ensuite ; etc...). On ne s'évertuera cependant pas à tenter de trouver un ordre parfait. Il ne s'agit en définitive, dans cette étape préliminaire, que de mettre un peu d'ordre dans les fiches.

Sous son apparence matérielle, ce classement s'avère un travail de grande importance au niveau intellectuel. Son utilité profonde est en effet d'introduire dans l'esprit, sous une forme déjà réfléchie, les données du travail de la construction proprement dite. Il s'agit donc là en réalité d'une phase capitale, au cours de laquelle l'esprit s'imprègne des matériaux à partir desquels l'effort de recherche du plan va être ensuite entrepris.

Le foliotage des fiches

Une fois ce classement opéré, on foliotera les fiches dans l'ordre de ce classement, en chiffres arabes (1, 2, 3, etc...) pour les fiches de thèmes, en lettres majuscules (A, B, C, etc...) pour les fiches d'idées. Ce double foliotage s'avère très commode en pratique : facteur d'ordre dans la documentation, il assure un gain en temps et en sûreté dans le travail.

Nota : ce classement et ce foliotage ont été opérés, par anticipation, dans le tableau des fiches de thèmes et d'idées présenté ci-dessus (§ 1, C).

B - Recherche d'un plan

Les types de plan à adopter varient selon le niveau auquel se situe la synthèse : soit synthèse d'une oeuvre, considérée en elle-même, en tant qu'apport à une doctrine, mais ne constituant pas une doctrine politique complète à elle seule ; soit synthèse d'une oeuvre constituant à elle seule une doctrine politique complète, ou synthèse globale de plusieurs oeuvres constituant dans leur ensemble une telle doctrine.

1° - Synthèse d'une oeuvreRôle du plan : intégration des éléments en un système

Dans le cas de synthèse d'une oeuvre isolée, considérée en elle-même -ce qui est l'hypothèse de base sur laquelle nous raisonnons plus spécialement dans ce chapitre- le plan a pour rôle de permettre d'atteindre l'objectif de la construction, tel qu'il vient d'être défini au seuil de ce paragraphe, en réalisant l'intégration cohérente de tous les éléments de l'oeuvre, relatifs aux doctrines politiques, en un système - le mot système étant pris au sens d'ensemble d'éléments solidaires, considérés dans leurs relations et leur cohérence possible, indépendamment de leur vérité.

Le caractère personnel du travail du lecteur s'affirme ici. C'est par un effort qui lui est propre que l'auteur de la synthèse va dégager les lignes de force de l'oeuvre, en vue d'atteindre à sa connaissance véritable.

a) Types de plans

En matière de doctrines politiques, un plan peut être construit soit sur les thèmes, soit sur les idées.

Nous excluons le plan historique, non pas parce qu'il serait mauvais en soi, mais uniquement parce que l'optique de nos recherches n'est pas celle de l'histoire, mais celle de la connaissance politique institutionnelle. Ceci étant, il n'en reste pas moins que la connaissance de l'histoire est indispensable à la connaissance des doctrines politiques, même envisagées sous leur aspect institutionnel, et que des développements de caractère historique -évolution d'un thème, d'une pensée, de la mise en oeuvre d'une doctrine- prennent tout naturellement place à l'intérieur des types de plan institutionnels ci-dessous.

Plan construit sur les thèmes

Plan construit en fonction des thèmes : il ne s'agit plus ici d'un simple classement des thèmes dans un ordre cohérent, mais de la recherche d'une véritable construction ayant pour objet de mettre les thèmes en valeur, en fonction de leur importance respective.

Le travail fondamental consiste alors à établir une hiérarchie de valeur entre les divers thèmes retenus, en distinguant des thèmes principaux, auxquels seront rattachés, comme compléments, des thèmes subordonnés.

Les idées sont en ce cas exposées dans leur ensemble -donc assez brièvement pour chacune- en Introduction, puis rattachées dans le corps du sujet, selon les opportunités, aux diverses subdivisions, pour éclairer les développements consacrés à chacun des thèmes.

Plan construit sur les idées

Plan construit en fonction des idées : en matière de doctrines politiques, le plan peut être construit en fonction des idées.

On sait qu'il n'en est pas de même en matière juridique. Dans le cas des sujets juridiques, les meilleurs plans sont des plans très simples, de caractère technique (fond, forme - nature, régime - création, fonctionnement - organisation, compétences - conditions, sanctions - etc...), dans lesquels les idées, énoncées en Introduction, servent essentiellement à animer les parties. L'expérience montre en effet que les plans construits sur les idées, très séduisants au moment de leur énoncé, sont en fait très difficiles à construire et conduisent à des redites, car un même point technique est souvent commandé par plusieurs idées, ce qui oblige à le reprendre dans les diverses parties. Ceci n'est d'ailleurs qu'une manifestation de la logique des choses : en matière juridique, la base est constituée par la technique, les idées sont les explications de cette technique : il faut donc construire en fonction des bases, les explications venant dans le cadre de l'exposé de ces bases.

Au contraire, en matière de doctrines politiques, ce sont les idées qui constituent directement un des objets mêmes des études, au même titre que les thèmes concrets. Les objets des études ne sont donc plus ici des régimes juridiques techniques précis que des idées éclairent, ces objets sont les idées elles-mêmes. Il est donc logique de bâtir la construction sur ces idées ; et l'expérience montre que la chose est aisément faisable, avec des résultats valables.

En ce cas, le travail consistera à hiérarchiser les idées, en idées principales, assorties de leurs idées subordonnées le cas échéant.

L'Introduction sera ici plus courte, ne servant qu'à annoncer les grandes lignes de l'étude. Quant aux thèmes, ils seront rattachés, dans les parties, aux idées, à titre d'illustration.

Quel type choisir ?

Le choix entre ces deux types de plan ne peut faire l'objet d'aucune directive de principe.

On observera que les plans bâtis sur les idées ne sont pas nécessairement meilleurs que les plans bâtis sur les thèmes.

Le choix dépend, dans une large mesure, de l'auteur étudié, selon qu'il privilégie les thèmes ou les idées. Il dépend aussi, et sans doute surtout, de l'auteur de la synthèse, selon que ses goûts le portent plus vers les thèmes concrets ou les idées...

On va voir que ces deux types de plans sont aussi intéressants à construire l'un que l'autre. S'il faut bien opter pour l'un des deux dans le cas d'une dissertation ou d'un article, rien n'interdit au contraire de les utiliser l'un et l'autre, selon les circonstances, dans le cadre d'un mémoire ou d'une thèse.

b) Exemples de plans

Plan n° 1 (construit sur les thèmes)

Introduction : schéma des idées - annonce du plan

Ière Partie. Une conception de la société

- Le bonheur est le but : fiches 9, A, C.
- Les institutions sont des contraintes : ne pas les aggraver : fiche 7.
- Le consensus social : fiches 4, D, E.
- Une société doit être en mouvement : fiche 8.

IIème Partie. Une nécessaire intervention de la puissance publique

- La "science du gouvernement" : fiche 1.
- L'Etat de bienfaisance : fiches 3, F.
- Les interventions du législateur : fiche 5.
- Deux exemples types : conciliation élites et masse : fiches 2, D ; le problème de la propriété : fiche 6.

Plan n° 2 (construit sur les thèmes)

Introduction : schéma des idées - annonce du plan :
 Sismondi définit le but avant les moyens,
 car il subordonne les moyens au but.

Ière Partie. Le but de la société : le bonheur national

- Le bonheur est le but : fiches 1, 9, A.
- L'Etat de bienfaisance : fiches 3, 7, C, F.
- Conciliation des élites et des masses : fiches 2, B.

IIème Partie. Le moyen : la primauté de l'avantage social

- Exigence du consensus social : fiches 4, 8, D.
- Nécessité de l'intervention du législateur : fiche 5.
- Tout doit être subordonné à l'avantage social : fiche E ; le cas de la propriété : fiche 6.

Plan n° 3 (construit sur les idées)

Introduction : annonce du plan

Ière Partie. Le but de la société est le bonheur de tous

- Créer du bonheur et y faire participer le plus grand nombre : fiche A.
- Le but du gouvernement est donc le bonheur, et l'action du législateur doit être orientée en ce sens : fiche 1, 5.

IIème Partie. La société doit simultanément respecter la nature et être "civilisée"

- Respect des inégalités naturelles, donc des plus doués : fiches B, 2.
- Mais pas de souffrance pour les faibles : fiches C, 3, F.

IIIème Partie. La société doit apparaître comme une association acceptée

- La société est une association pour le bien de tous : fiche D.
- Le consensus social : fiche 4.

IVème Partie. Toute institution doit être jugée en fonction de son avantage social

- Le critère de l'avantage social : fiche E.
- Ses applications : aux institutions en général : fiche 7 ; aux catégories sociales : fiches 8, 9 ; à la propriété : fiche 6.

Cas d'études d'ensemble

Dans le cas d'études portant sur l'ensemble d'une oeuvre et impliquant la mise en oeuvre de matériaux beaucoup plus abondants, on construira alors des plans du type de ceux qui sont utilisés, par exemple, pour exposer la pensée de Robespierre, Saint-Just, Quesnay, Auguste Comte, Tocqueville.

2° - Synthèse d'une doctrine politique

Le concept commande le plan : les trois niveaux

Lorsqu'il s'agira de réaliser la synthèse complète -au niveau de la connaissance institutionnelle qui est celui de notre recherche- d'une doctrine, ou idéologie, politique, un plan général s'impose alors : c'est celui qui découle, du contenu du concept de doctrine, ou idéologie, politique. L'utilité de la détermination du concept de doctrine politique est précisément de permettre de savoir ce qu'il faut chercher et ce qu'il faut exposer pour parvenir à la connaissance des doctrines, ou idéologies, politiques.

Le plan général de toute étude d'ensemble d'une doctrine politique, du point de vue institutionnel, doit donc être établi en fonction des trois niveaux auxquels se constitue une doctrine, ou idéologie, politique, c'est-à-dire :

- I. Fondement philosophique et moral de la société
- II. Choix des bases juridiques et économiques de la société
- III. Aménagement institutionnel concret de la société

A l'intérieur de chacune de ces trois subdivisions majeures, les plans de détail seront évidemment construits en fonction du contenu propre de chaque doctrine politique. Mais la division tripartite, selon les trois niveaux constitutifs, conduira nécessairement à la mise en lumière des apports de chaque doctrine, ainsi que, ce qui est aussi important, à la révélation de ses lacunes éventuelles.

Il n'y aura connaissance politique véritable que du jour où nous disposerons, pour toutes les doctrines, ou idéologies, politiques, d'études précises et objectives construites en fonction de ce cadre conceptuel de base.

Pas de rédaction prématurée

Nota : Dans les deux cas ci-dessus envisagés -synthèse d'une oeuvre, comme synthèse d'une doctrine- il n'y a pas lieu, en règle générale, d'entreprendre une rédaction de la synthèse aussitôt après avoir établi le plan.

L'étape de la synthèse, en effet, n'a pas pour objet cette rédaction, qui se fera normalement au cours de la dernière étape, celle de l'exposition. La synthèse, avec l'établissement des fiches d'exploitation et la construction du plan, a seulement pour objet propre de permettre d'acquérir la plus grande maîtrise possible des matériaux recueillis lors de l'analyse - ce qui autorisera à passer utilement à la phase suivante, celle de la critique.

A la vérité, d'ailleurs, le plan retenu lors de la synthèse ne constitue encore qu'une hypothèse de travail, sujette à révision, notamment en fonction des éléments qui seront recueillis lors de la phase de la critique.

Si l'on tient cependant à procéder de suite à une première rédaction -ce qui peut paraître utile lorsqu'un temps assez long doit s'écouler entre la synthèse et les phases ultérieures- il doit alors être bien entendu que cette première rédaction ne peut être considérée que

comme une simple ébauche, une sorte d'aide-mémoire détaillé, susceptible d'être profondément modifié, tant du point de vue de la construction que du point de vue du fond, après l'étape de la critique et dans le cadre de l'exposition finale.

SECTION III LA CRITIQUE

Avec la synthèse, le lecteur a acquis une connaissance personnelle de l'oeuvre étudiée.

Il est alors indispensable de procéder à la critique de cette connaissance personnelle, afin que la connaissance de l'oeuvre étudiée soit portée au degré le plus élevé possible que peut atteindre le lecteur. Ceci fait, le lecteur sera à même de faire la critique de l'oeuvre elle-même, critique qui parachèvera sa connaissance de cette oeuvre.

§ 1 - Critique de la connaissance personnelle

La première phase de l'étape de la critique consiste à contrôler la valeur de la connaissance personnelle de l'oeuvre, telle qu'elle résulte de l'analyse et de la synthèse.

Le contrôle par la confrontation

Le moment est alors venu d'étudier en détail les ouvrages, études, cours, articles relatifs à l'oeuvre étudiée et de les confronter avec l'analyse et la synthèse précédemment effectuées.

Cette lecture des travaux des autres, et cette confrontation de leur manière de voir à celle du lecteur, seront menées avec l'idée qu'il y a toujours beaucoup plus à gagner en acceptant de mettre en discussion sa propre connaissance face à celle des autres que, comme l'on a trop tendance à le faire d'instinct, en cherchant à la défendre systématiquement comme supérieure à celle des autres. L'expérience montre que c'est cette confrontation de notre connaissance à celle des autres qui conduit aux affinements les plus poussés de notre propre connaissance, aussi bien d'ailleurs du point de vue du fond de cette connaissance qu'en ce qui concerne la clarté formelle

de son expression : rien n'est plus efficace qu'un adversaire de notre propre pensée pour nous conduire à la préciser et à trouver le mot qui l'exprimera le plus justement.

Résultats de la confrontation

Dans le cadre de cette confrontation, trois cas peuvent se présenter.

Le lecteur constate des lacunes ou des erreurs dans sa propre analyse et sa propre synthèse. Il doit alors les compléter ou les rectifier.

Le lecteur constate des erreurs dans les travaux auxquels il se reporte. Il doit tout d'abord s'interroger longuement sur le point de savoir s'il s'agit bien là d'une erreur et non d'une simple divergence de vues, sans écarter d'emblée l'idée que si erreur il y a, cette erreur peut se trouver de son côté, ce qui renverrait au cas précédent. Si réellement le commentateur en cause a commis une erreur, celle-ci sera notée afin de faire l'objet d'une discussion dans le cadre de l'exposition finale, s'il s'agit d'un point intéressant.

Enfin, le lecteur peut constater des divergences d'opinion entre lui-même et les autres, ces divergences étant justifiables d'un côté comme de l'autre, en ce qui concerne le sens ou la portée relative de tel ou tel élément de l'oeuvre. Il y aura alors là des matériaux susceptibles de donner lieu à une discussion dans le cadre de l'exposition finale, situation heureuse, car de telles discussions sont souvent à l'origine d'un affinement et d'un progrès de la connaissance.

§ 2 - Critique de l'oeuvre ou de la doctrine

Après le progrès dans la connaissance dû aux travaux des autres, vient le moment de passer à la deuxième phase de la critique, celle de l'oeuvre étudiée.

Deux sortes de critiques doivent être soigneusement distinguées à cet égard, non seulement dans leur conception, mais encore dans leur mise en oeuvre pratique : la critique objective et la critique subjective. Le respect de cette distinction est une des conditions essentielles de l'honnêteté intellectuelle.

A - Critique objective

La notion de critique objective

Le mot critique doit être pris ici dans son sens exact, le plus large, et toujours dans la même optique de "sympathie" à l'égard de l'oeuvre étudiée, dont il a été fait état lors de l'analyse : la critique doit être un des aspects du désir de comprendre et connaître, mais non point un plaisir de dénigrement.

D'une manière générale, la critique objective est l'opération qui a pour but de porter une appréciation sur la valeur d'un fait ou d'une idée, cette valeur étant le degré d'adéquation existant entre ce fait ou cette idée et le but poursuivi par leur auteur. L'appréciation critique peut donc être favorable, élogieuse, ou défavorable, critique au sens péjoratif limité du terme, selon qu'il y a adéquation ou inadéquation.

1° - Critique d'une oeuvre

Cette étude critique de l'oeuvre comportera, évidemment, les modalités générales de toute critique objective : place de l'ouvrage étudié dans l'ensemble de l'oeuvre de l'auteur ; antécédents ; rapports avec les contemporains ; appréciation par rapport aux faits de l'époque ; influence et postérité.

Critique spécifique du point de vue des doctrines politiques

L'aspect spécifique de la critique de l'oeuvre, dans l'optique qui est la nôtre, celle de la connaissance institutionnelle des doctrines politiques, tient au fait que l'essentiel de la critique objective doit se situer sur le plan des doctrines politiques : il s'agit de faire la critique de l'oeuvre en fonction de ce que sont les conditions d'existence d'une véritable doctrine politique, telles que ces conditions ont été précédemment définies de façon précise.

Les éléments de l'oeuvre retenus dans le cadre de la synthèse devront être appréciés en tant qu'éléments se situant à l'un ou l'autre des trois niveaux auxquels se constituent les doctrines politiques. La valeur de chaque élément sera jugée, au niveau auquel il se situe -fondement

philosophique et moral ; choix de base ; construction institutionnelle-, en ce qui concerne la clarté de son expression, sa cohérence propre, son homogénéité par rapport aux autres éléments doctrinaux définis par l'auteur. En trois mots : situation de cet élément dans le cadre d'une doctrine politique ; définition de cet élément, apprécié en ce qui concerne sa clarté ; compatibilité de cet élément avec les autres éléments de l'oeuvre.

L'expérience montre que le point sur lequel une appréciation défavorable doit le plus souvent être portée est celui de la définition même de l'élément de doctrine considéré : cette définition manque de clarté, l'élément est sans cohérence réelle.

L'excessive déférence à l'égard des imperfections des grands oeuvres

Ici se situe précisément un des problèmes les plus importants et les plus délicats que pose la critique des oeuvres politiques : le danger d'une excessive déférence intellectuelle du lecteur à l'égard de l'auteur étudié.

Il faut bien en effet prendre claire conscience que de nombreux passages des grandes oeuvres politiques sont fort imparfaits : y abondent les affirmations sans justification, les confusions de problèmes, les contradictions les plus flagrantes, les erreurs pures et simples. Cela tient au fait que, manifestement, les grands auteurs, le plus souvent, pensent au fil de la plume et ne reviennent pas en arrière pour corriger un texte déjà rédigé. Ils réfléchissent, précisent leur pensée, et souvent la découvrent, tout en écrivant. Mais ils ne reprennent pas le chapitre déjà rédigé : ils nous livrent, à la suite, le point de départ de leur pensée, leurs hésitations, et bien souvent leurs contradictions et leurs erreurs.

L'attitude la plus fréquente des lecteurs de ces grands auteurs est de chercher, envers et contre tout, à trouver un sens clair à cette pensée, à en découvrir la cohérence profonde, à en faire une expression de la vérité. Le lecteur s'évertue à dégager "la logique interne" du texte délicat - et, bien évidemment, il la trouve toujours, puisque même la contradiction et l'erreur ont leur logique interne.

Cette attitude constitue un défaut de critique. Il ne faut pas confondre logique interne et vérité. Il ne faut pas chercher à justifier à tout prix la pensée des grands auteurs, à sauver systématiquement leurs textes imparfaits. Même sous la plume d'un grand auteur, même lorsque l'on a trouvé leur pourquoi, une contradiction ou une erreur, dès lors qu'elles sont évidentes, ne sont rien d'autre qu'une contradiction ou une erreur, et doivent être appréciées comme telles.

En un mot, dans l'optique de la connaissance politique institutionnelle, les grandes oeuvres politiques doivent être appréciées (du moins en un premier temps, car on reviendra sur ce point ci-dessous), non pas comme des faits ayant une valeur en soi, mais par rapport aux exigences de clarté, de cohérence et d'homogénéité d'une véritable doctrine politique.

Quelques exemples d'imperfections

Quelques exemples illustreront ces propos.

Les textes de Sismondi, qui ont fait l'objet de nos analyses (ci-dessus, section I, § 3) fournissent deux très bons exemples de rédaction au fil de la plume, mais, ici, sans contradiction ni erreurs. On voit la pensée cheminer et se former au fur et à mesure de la rédaction des chapitres. On se reportera notamment à cet égard à la remarque notée sur la feuille d'analyse sous la référence 63 al. 2.

Un autre texte, qui peut être cité, cette fois comme exemple d'une contradiction, est le célèbre chapitre de Montesquieu, dans "*L'esprit des lois*", où il traite de la séparation des pouvoirs (Livre XI, chapitre VI, De la constitution d'Angleterre). Au début du chapitre, Montesquieu part de l'idée qu'il y a trois pouvoirs, la puissance législative, la puissance exécutive, la puissance de juger. Puis, lorsqu'il définit les missions de chacune de ces puissances, il s'aperçoit que la puissance de juger n'est nullement de même nature que les deux autres, qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir politique, mais d'une fonction distincte des autres au sein de l'Etat. Alors il le dit : au lieu de trois pouvoirs, "*il n'en reste que deux*". Mais, pour autant, notre grand auteur ne reprend pas le début de son chapi-

pitre...(v. sur cette question, notre ouvrage, "Le Droit administratif français", Dalloz, 1968, n° 505 et 506).

Citons enfin, comme exemple typique de texte d'un grand auteur au plus haut point fait de contradictions et de confusions entre problèmes différents, le chapitre de Adam Smith sur le problème de la valeur ("*Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*", Livre I, chapitre V, Du prix réel et du prix nominal des marchandises, ou de leur prix en travail et de leur prix en argent) : on y relève une confusion constante entre le problème de l'effort nécessité par la production et celui de la valeur d'échange du produit, ainsi qu'entre le problème de cette valeur d'échange et la question des variations de la valeur des monnaies. Il est frappant de constater que, au cours de la rédaction de son chapitre, Adam Smith se rend fort bien compte lui-même de ses contradictions, mais néanmoins passe outre (on notera les phrases commençant, dans la traduction française, par "*mais quoique...*"). C'est un exemple caractéristique de chapitre qui aurait dû être repensé après avoir été écrit, mais qui ne l'a pas été : l'ébauche nous est livrée comme oeuvre définitive. Mais quoi que pense l'auteur, le lecteur correctement critique se doit de relever les contradictions, et quoiqu'il y ait une logique interne dans ces contradictions, il convient de les dénoncer comme telles, ce qui permet de voir dans ce chapitre de Smith ce qu'il est réellement, le point de départ des erreurs du XIXème siècle en ce qui concerne la théorie de la valeur.

D'abord, apprécier la valeur des ouvrages par rapport au concept de doctrine politique

La règle fondamentale de la critique, du point de vue de la connaissance institutionnelle des doctrines politiques, est donc que le texte étudié, quelque important que soit son auteur, ne doit pas, en cette première étape de la critique, être considéré comme ayant une valeur en soi, comme une sorte de vérité révélée : dans notre optique, le texte n'a de valeur que par rapport à l'ensemble des exigences de niveaux, de clarté, de cohérence et d'homogénéité qui conditionnent une véritable doctrine politique. En un mot : il faut placer le texte en face des conditions d'existence d'une doctrine politique, et voir ce qu'il vaut à cet égard. Si le texte comporte des

contradictions ou des erreurs, il faut les qualifier comme telles. Dans le cadre de notre recherche, le texte n'a pas une valeur en soi ; il n'a de valeur que par rapport à la notion de doctrine politique.

Ensuite seulement, voir comment les imperfections ont été reçues

Ceci fait, il est alors nécessaire -mais c'est là une deuxième étape de l'étude critique- de rechercher comment les contradictions et les erreurs relevées ont été perçues par les contemporains et, depuis, jusqu'à nos jours. Il est en effet fort possible que ces contradictions n'aient pas été perçues et que les erreurs aient été reçues comme des vérités. Si tel est le cas, ce sont là des circonstances qui sont essentielles à la connaissance véritable de la doctrine politique considérée, même dans le strict cadre de la connaissance institutionnelle qui est le nôtre.

C'est ainsi qu'il importe de savoir que les lecteurs de Montesquieu n'ont retenu que l'idée initiale des trois pouvoirs, et non l'idée finale de deux pouvoirs. De même, il convient de savoir que l'inexacte théorie de la valeur d'Adam Smith a été considérée comme la juste expression de la réalité jusqu'à la fin du XIX^e siècle.

Le problème général de la compréhension des grandes oeuvres

On aborde de la sorte le problème d'ensemble de la manière dont une oeuvre est comprise par les contemporains et par la suite. Ce qui est compris et perçu n'est pas toujours ce qui est réellement exprimé dans le texte. Par exemple, ce qui a été compris de la pensée de Malthus dans son célèbre "*Essai sur le principe de la population*" est bien différent de ce qui se trouve objectivement dans son texte : le malthusianisme ne se trouve pas chez Malthus, quand on prend soin de lire effectivement son texte. Dans ce cas extrême, il faut même reconnaître que ce qui a été perçu à l'époque, et depuis, par l'opinion, s'avère finalement plus important que ce qui se trouve dans le texte même de l'oeuvre. Sans doute s'agit-il là d'un cas limite ; nous le citons parce qu'il permet de bien saisir la portée de la question.

Tout cela, qui dépasse en quelque sorte l'oeuvre elle-même, mais en détermine la portée réelle du point de vue de la formation des doctrines politiques, doit donc être étudié avec soin.

Mais avant tout : apprécier le texte en lui-même

Mais il n'en reste pas moins que l'étape initiale et fondamentale de la critique est celle qui consiste à apprécier la valeur du texte en lui-même, dans sa teneur intrinsèque. Avant de rechercher comment les contradictions ou erreurs ont été perçues, ou, de manière plus générale, comment l'ensemble de l'oeuvre a été compris, il est indispensable de voir d'abord ce qui est écrit dans l'oeuvre : apprécier le texte en lui-même, avant toute autre recherche.

Qu'il s'agisse donc de l'analyse, de la synthèse, ou de la critique, c'est au texte lui-même qu'il faut d'abord s'attacher. Le texte, toujours le texte : si l'on brûle l'étape du travail sur le texte intrinsèquement considéré, on se condamne, sur quelque plan que l'on se situe, aux hypothèses et à l'imaginaire.

2° - Critique d'une doctrine politique dans son ensemble

Lorsqu'il s'agira, non plus de la critique d'une oeuvre, mais de la critique d'une doctrine, ou idéologie, politique, prise dans son ensemble, l'examen critique portera sur le contrôle, systématique et général, de la manière dont la doctrine politique considérée satisfait aux conditions d'existence d'une véritable doctrine politique.

Le pointage des trois niveaux

Il conviendra donc de commencer par une sorte de pointage, en vérifiant, pour chacun des trois niveaux auxquels se constitue une doctrine politique, si la doctrine politique étudiée comporte des éléments suffisants à chacun de ces trois niveaux. Il s'agit donc là de procéder à un véritable contrôle général de l'existence, en tant que doctrine politique proprement dite, de la doctrine étudiée.

La critique des éléments

Une fois ce tableau d'ensemble de la doctrine établi par niveaux, il conviendra alors de procéder à l'exa-

men critique de chacun des éléments constitutifs de cette doctrine. On retombe ici, du point de vue de la méthode, dans le cas précédent, celui de l'examen critique des éléments d'une oeuvre d'un auteur : la critique portera sur la clarté de la définition de chaque élément, sa cohérence propre, son homogénéité par rapport aux autres éléments de la doctrine, enfin la manière dont il a été et est compris et reçu.

A titre d'exemple, on trouvera dans l'essai de typologie des doctrines politiques (1) une première approche de la mise en oeuvre pratique de cette méthode d'examen critique des doctrines politiques.

B - Critique subjective

La notion de critique subjective

La critique subjective est l'opération qui a pour but de porter une appréciation sur la valeur d'un fait ou d'une idée lorsque cette valeur est appréciée par rapport à des éléments extérieurs à ce fait ou à cette idée.

Dans le cadre de notre recherche, la critique subjective s'exercera essentiellement en fonction de deux critères de valeur extérieurs aux oeuvres ou doctrines politiques étudiées.

D'une part, il s'agira de l'appréciation de l'oeuvre ou de la doctrine par rapport aux problèmes de fait actuels ou à venir.

D'autre part, ce sera le cas de l'appréciation de l'oeuvre ou de la doctrine par rapport aux conceptions personnelles pré-choisies de celui qui procède à la critique.

Tout dire, mais sans masquer la subjectivité

Sur ces deux plans, toutes les appréciations, dès lors qu'elles sont réfléchies, peuvent être émises. A une condition toutefois : que leur caractère subjectif ne soit jamais masqué, par quelque artifice ou inconscience que

(1) Cf. F.-P. BÉNOIT, Les doctrines politiques et économiques depuis la fin du XVIII^e siècle, Les cours de droit, 1982, p. 127 à 134.

ce soit. Ce résultat ne peut être atteint que si, de manière effective, au cours de tout le travail critique, la distinction entre critique objective et critique subjective est toujours présente à l'esprit.

SECTION IV

L' EXPOSITION

L'exposition a un double but : conduire son auteur à préciser sa connaissance de la matière étudiée ; communiquer cette connaissance aux autres.

L'exposition, étape de la connaissance

De ces deux buts, c'est le premier qui est le plus important. Du point de vue de la marche vers la connaissance, l'exposition n'est pas seulement une sorte de bilan final, une étape neutre en elle-même, un simple travail matériel de présentation et de transmission aux autres d'une connaissance acquise. L'exposition est en réalité la dernière étape, et une étape importante, de l'effort vers la connaissance : c'est un moment créateur dans la genèse même de la connaissance.

C'est pourquoi le procédé d'exposition qui s'avère le meilleur est la rédaction d'un texte complet. Les contraintes formelles de l'élaboration d'un tel document sont éminemment productives, comme on va le voir, en ce qui concerne le fond même de la connaissance. Un document présenté en style abrégé, ou à plus forte raison une simple exposition orale, n'ont en aucune façon le même pouvoir créateur qu'un texte complet.

Le plan d'exposition

L'objet propre de l'exposition est de disposer de manière à les mettre en vue, en lumière, tous les éléments, généraux ou particuliers, relatifs aux doctrines politiques, qui se trouvent dans l'oeuvre ou qui constituent la doctrine étudiée.

Le plan retenu pour la synthèse (v. ci-dessus, section II, § 2,B), éventuellement modifié lors de la phase de la critique de la connaissance personnelle (v. ci-dessus,

section III, § 1), va être retenu comme base de travail en vue de la construction de l'exposition finale.

Une première opération consiste à intégrer dans ce plan les matériaux utiles recueillis lors de la critique de l'oeuvre ou de la doctrine (v. ci-dessus, section III, § 2).

Deux solutions s'offrent ici. Soit intégrer ces matériaux à l'intérieur des parties de la synthèse ; ceci pourra d'ailleurs conduire à des remaniements, importants parfois, du plan primitif, au cas notamment où les idées notées lors de la critique conduisent à revoir la hiérarchie des éléments établie au cours de la synthèse. Soit ajouter à la synthèse une nouvelle partie, constituée exclusivement par la critique. C'est là une affaire de cas d'espèce. L'essentiel est que, dans les formes de la rédaction, la distinction soit toujours clairement discernable entre ce qui est exposé de l'oeuvre ou de la doctrine, et ce qui est critique, objective ou subjective.

La rédaction, discipline créatrice

Le plan de l'exposition étant adopté, vient l'étape de la rédaction. C'est ici que va s'effectuer un véritable travail créateur nouveau, de précision, de mise au point, d'affinement dans l'exposé de l'oeuvre ou de la doctrine.

Du point de vue du fond, le rédacteur devra se reporter sans cesse du plan aux fiches d'exploitation et aux feuilles d'analyse, et de celles-ci aux textes mêmes. La rédaction va être un travail de confrontation constante entre ces documents, dont va résulter un affinement considérable -parfois même des redressements- de la connaissance.

Du point de vue formel, les exigences de l'écriture vont remplir leur rôle de disciplines créatrices. Le style devra être le meilleur possible - c'est-à-dire respectueux de la langue et de sa grammaire, clair et précis, accessible à tous, sans pédanterie ni égotisme. L'exposition va exiger le mot juste, la formule exprimant correctement le contenu de l'oeuvre ou de la doctrine. Sous la contrainte de la recherche des termes appropriés, la pensée va constamment se préciser : réfléchir aux formes de l'expression n'est qu'une des manières de réfléchir au fond même des idées.

Les remises en question du plan

Au fil de la rédaction, le plan va parfois se révéler imparfait. Des déséquilibres notamment peuvent apparaître entre parties ou au sein de leurs subdivisions internes : celle-ci s'avérant exagérément gonflée ; celle-là demeurant bien maigre. Tout vice formel du plan, apparaissant au cours de sa mise en oeuvre, révèle généralement des erreurs de conception ou d'appréciation sur le fond lui-même. On n'oubliera pas, en ce cas, qu'un plan n'est jamais qu'une hypothèse de départ, un projet toujours révisable, susceptible d'être remanié, même profondément s'il le faut, au cours de la rédaction.

Quand la logique propre de la matière mène la plume...

A travers ces difficultés -toujours bénéfiques, car sources de progrès- le rédacteur sentira parfois la logique interne propre de la matière, oeuvre ou doctrine, s'imposer à lui, lui dicter son plan. Heureux moment que celui-là : cette logique de la chose qui s'impose est le signe que l'on a atteint la connaissance véritable de l'oeuvre ou de la doctrine. C'est alors que tous les efforts précédents trouvent leur plus grande récompense : le rédacteur sent qu'il s'efface devant l'oeuvre ou la doctrine, que sous sa plume c'est celle-ci qui s'expose dans l'expression exacte de son contenu.

Le paradoxe de la connaissance

Tel est bien le paradoxe sur lequel se fonde la véritable connaissance des oeuvres et doctrines politiques : du point de vue formel, s'affirmer vigoureusement par la méthode ; mais du point de vue du fond, s'effacer humblement derrière les textes.

LE REGIME DES ETUDES DE DROIT DANS UNE UNIVERSITE JAPONAISE PRIVEE (L'UNIVERSITE CHUO)

Présenté par C. ATIAS (*)

I - UNIVERSITES D'ETAT ET UNIVERSITES PRIVEES

La première caractéristique de l'organisation universitaire japonaise -celle, du moins, qui est de nature à troubler les habitudes françaises actuelles- est la concurrence entre les Universités d'Etat et les Universités privées. Les unes et les autres sont évidemment très diverses et il serait exagérément simpliste de prétendre comparer l'ensemble des Universités d'Etat à l'ensemble des Universités privées. Ce qui est sûr c'est que les meilleures Universités privées, comme l'Université CHUO et sa Faculté de Droit en particulier, peuvent rivaliser avec les meilleures Universités d'Etat ; elles ne craignent pas la comparaison.

De cette dualité, résulte une réelle émulation. A voir combien chaque Université est soucieuse de sa place dans le palmarès national, il est permis d'affirmer que cette émulation est bénéfique. Il reste vrai que les meilleures Universités d'Etat ont la prééminence, mais pour conserver le premier rang elles ne peuvent se contenter d'accueillir beaucoup d'étudiants. Leur qualité se mesure, année après année, à la réputation de leur corps enseignant dans le domaine de la recherche et de l'enseignement ; il faut également tenir compte de l'avenir auquel leurs étudiants sont promis, de leur taux de réussite aux différents examens et concours...

(*) Cette brève étude n'est que la mise en forme d'un entretien que nous avons pu avoir avec des étudiants en Droit de l'Université CHUO. Nous tenons à remercier très chaleureusement et très respectueusement Monsieur le Professeur TAKAYANAGI Sakio d'avoir bien voulu prendre sur son temps de travail, malgré l'importance de ses activités et de ses responsabilités, pour contrôler notre présentation. Notre reconnaissance va également à Mademoiselle IZAKI Mitsuko et à Messieurs MAKI Nishiumi, UCHIGASSAKI Yoshihide, HONMA Hayato et AKAIKE Kasumassa ; c'est grâce à leur aide que les professeurs et étudiants français pourront mieux connaître l'Université japonaise.

II - SELECTION INITIALE

Le classement des différentes Universités les unes par rapport aux autres se révèle dès la sélection initiale. Au Japon, comme ailleurs sans doute, les meilleures Universités japonaises sont, au contraire, celles dont le concours d'entrée est le plus difficile. Aux yeux d'un Français, la deuxième particularité étonnante du système universitaire japonais est, en effet, de comporter une sélection initiale proprement universitaire ; il n'y a pas de baccalauréat donnant automatiquement accès à l'enseignement supérieur. L'examen de fin d'études secondaires est relativement peu important, sauf pour les élèves qui y obtiennent des résultats particulièrement brillants et sont ainsi admis directement dans certaines universités.

Les Universités d'Etat ne sont accessibles qu'aux étudiants ayant réussi une double série d'épreuves. La première est organisée, selon des procédés informatisés, nationalement et chaque étudiant a des possibilités de choix de son université qui sont fonction des notes obtenues. La seconde série d'épreuves est organisée dans chaque université ; les étudiants composent de manière traditionnelle. La sélection opérée par les Universités privées se limite à ces épreuves particulières à chaque institution. Il est certain que, de la sévérité de ce concours d'entrée, résulte une hiérarchie entre les universités. Les étudiants tentent, d'ailleurs, leur chance dans plusieurs et retiennent la meilleure de celles auxquelles ils peuvent accéder.

Le concours d'entrée dans les Universités d'Etat a lieu, pour la première partie, durant la première quinzaine du mois de mars. En revanche, les Universités privées organisent ces épreuves, le plus souvent, durant la première moitié du mois de février. Ainsi, les étudiants qui ne peuvent être sûrs d'entrer dans les Universités d'Etat doivent se présenter dans des Universités privées ; celles-ci bénéficient ainsi des frais d'inscription payés par des étudiants qui suivront ensuite les enseignements des Universités d'Etat et qu'en général, elles n'auront pas à rembourser.

Le programme du concours d'entrée s'étend à l'ensemble des connaissances acquises au cours des études secondaires (japonais, mathématiques, langues étrangères, deux matières de sciences sociales pour la première partie ;

deuxième partie pour une Faculté de sciences sociales ou littéraires (Université d'Etat : japonais, langue étrangère, deux matières de sciences sociales).

A l'Université CHUO dont la Faculté de droit a notamment une excellente réputation pour la préparation de l'examen d'accès à la profession d'avocat, de magistrat ou de procureur, le pourcentage de réussite aux épreuves d'entrée à l'université est de 10 % seulement.

Notons qu'il n'y a pas de limite d'âge pour se présenter à ce concours.

III - DES ETUDES ONEREUSES

Les étudiants doivent payer d'importantes sommes pour accéder à l'université et pour s'y maintenir chaque année. Ces sommes varient considérablement.

A titre indicatif, il est possible de retenir que l'entrée dans une Université d'Etat coûte environ 200.000 yens (5.000 F). Dans une Université privée, cette somme peut atteindre 700.000 yens (17.500 F) notamment dans les Facultés de sciences naturelles où l'inscription est plus chère qu'en sciences sociales.

La somme à payer annuellement peut être, par exemple, de 300.000 yens (7.500 F). Il faut préciser que des aides importantes peuvent être accordées aux étudiants par l'Etat, par des entreprises de presse,... Des obligations de remboursement sont alors parfois mises à la charge des étudiants.

IV - UN PREMIER CYCLE PLURIDISCIPLINAIRE

Les deux premières années d'études portent sur un programme très diversifié. Les sciences naturelles, la physique, les mathématiques y figurent, ainsi que la littérature et les beaux-arts, aux côtés des sciences économiques et politiques et du droit. La place accordée à celui-ci s'est développée depuis que le droit constitutionnel, le droit civil et le droit pénal sont abordés dès ce premier cycle. Il faut signaler également l'importance particulière des activités sportives d'une part, des langues étrangères d'autre part.

Le programme de la deuxième année prolonge et continue celui de la première. En droit civil, c'est le droit des contrats qui est, par exemple, traité.

V - LA SPECIALISATION EN TROISIEME ET QUATRIEME ANNEE

A partir de la troisième année, apparaissent les choix de carrière des étudiants. Dans la Faculté de droit, il faut distinguer deux départements : celui des sciences juridiques et celui des sciences politiques.

Dans le premier, les matières obligatoires sont nombreuses : droit commercial, droit administratif, procédure civile et procédure pénale,... Les étudiants ont pourtant aussi à choisir dans une gamme variée : **droit international public**, droit international privé, droit du travail,... etc...

Dans le département des sciences politiques, le **droit international public** est obligatoire ; droit civil et droit pénal sont, au contraire, en option.

Il faut signaler que le **droit constitutionnel** est obligatoire dans les deux départements pour tous les étudiants.

Leurs possibilités de choix s'accroissent en quatrième année où ils peuvent notamment suivre un cours de philosophie du droit. C'est dire que l'objectif de professionnalisation a été conçu de manière raisonnable.

VI - LE TRAVAIL DES ETUDIANTS

Pour la plupart des étudiants, l'essentiel du travail universitaire est constitué par l'effort de mémorisation des cours. Ceux-ci se déroulent dans des amphithéâtres réunissant normalement 300 étudiants. A la fin du cours, des questions peuvent être posées au professeur.

Tous les étudiants ne peuvent pas suivre les séminaires qui permettent d'approfondir ou de compléter l'étude de chaque matière. Il faut, en effet, réussir un examen spécial pour bénéficier de ce type d'enseignement. Celui-ci est assuré par le professeur chargé du cours, ainsi que

par des assistants et par des étudiants de doctorat qui participent aux séances sous le direction du professeur. Dans certaines matières, l'étudiant inscrit au séminaire doit préparer deux exposés dans l'année ; dans d'autres, sept rapports sont exigés. **Les travaux peuvent porter sur des commentaires de lois ou de décisions de justice.** Sont également fréquents les exercices de lecture de livres étrangers dans la langue d'origine, d'exposé sur un sujet choisi librement,...

Comme en France, les opinions personnelles des professeurs et des étudiants sont en général exprimées avec beaucoup de discrétion et même souvent ne sont pas exprimées du tout. La préparation spécifique aux méthodes de travail est également peu développée.

VII - LES ETUDIANTS DITS "POST-UNIVERSITAIRES"

Ce sont des étudiants qui ont obtenu la licence et qui poursuivent leurs études.

Une première étape, franchie après deux années supplémentaires au moins et quatre au plus, est la maîtrise qui suppose la rédaction d'une thèse.

Cette fois encore, un examen d'entrée est imposé aux étudiants. Ils subissent des épreuves, en premier lieu, sur leur spécialité, en deuxième lieu, sur une matière proche -c'est-à-dire relevant de la même branche du droit- et en troisième lieu, sur une langue étrangère.

Les étudiants ont à présenter des exposés et à remettre un rapport de fin d'année.

Le doctorat est la deuxième étape qui fait suite à la maîtrise. Cours et séminaires n'y sont pas obligatoires. A leur place, la rédaction d'une autre thèse dite de doctorat s'impose à l'étudiant (durée : 3 ans au moins et 6 ans au plus). En sciences sociales, peu de thèses de doctorat sont achevées dans ce délai ; c'est seulement après l'obtention du poste d'assistant-professeur que ce travail sera définitivement mené à bien.

Parfois, le candidat rédige une thèse plus courte qui peut être publiée dans les revues.

VIII - CONCLUSION : UN SYSTEME TRES SELECTIF

Le système universitaire japonais apparaît donc beaucoup plus sélectif que le système français. Une importante précision doit pourtant être ajoutée pour donner toute sa signification à cette indication. La qualité de juriste est, au Japon, beaucoup moins répandue qu'en France ; le milieu juridique y forme, dans une certaine mesure, une élite, d'ailleurs essentiellement masculine (le nombre des étudiantes est probablement inférieur à 10 %). Les étudiants en droit sont également considérés comme constituant une sorte d'élite parmi l'ensemble des étudiants. Il n'est donc pas étonnant que la sélection soit employée dès l'entrée dans l'Université. Elle a contribué très efficacement à donner au Japon des universités de grande qualité.

Il faut rappeler qu'avant la dernière guerre mondiale, le Japon n'avait que peu d'universités et seulement des Universités d'Etat auxquelles s'ajoutaient quelques Universités privées fort peu importantes. Les étudiants y formaient alors une petite élite.

Aujourd'hui, avec l'accroissement du nombre des universités, le développement des Universités privées et l'augmentation considérable du nombre des étudiants, 40 % des jeunes japonais peuvent accéder à l'Université. L'élitisme prend donc une toute autre signification.

R. R. J. 1983
Pages 299 à 424

LES PAGES DE PHILOSOPHIE
DU DROIT

AUX FRONTIERES DE LA MORALE, DE LA RELIGION
ET DU DROIT :

**LES SOURCES DU DROIT DANS LE
"SYSTEME TRADITIONNEL" DE L'INDE**

par Charles CADOUX

*Professeur à la Faculté de Droit
et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

Conférence du 13 décembre 1982.

R.R.J. 1983-2

Le thème de cette conférence se situe hors de notre espace occidental et apparemment hors du temps. C'est effectivement une invitation au voyage que je vous propose, non pas à la rencontre de "E.T." ou autres extra-terrestres mais au contraire à une remontée dans le temps, c'est-à-dire aux sources de la civilisation hindoue et indo-européenne.

Un tel sujet, immense et très complexe, ne peut être ici qu'effleuré. Pour le bien traiter il faudrait être un "indianiste" averti et bien connaître le sanskrit (voire le pâli et la prākṛit). C'est d'ailleurs aux travaux des "indianisants" français, peu nombreux mais particulièrement actifs, que je me réfère pour étoffer mon propos (1), ma connaissance personnelle de l'Inde moderne -et mes goûts pour la connaissance de l'Inde hindoue- n'étant au mieux qu'une garantie du sérieux que j'entends apporter au traitement de ce sujet.

Il s'agit tout simplement d'un essai de vulgarisation ou, plus exactement, de sensibilisation à un système d'organisation sociale, politique et juridique qui reste en Occident mal connu (en dehors du cercle très étroit des spécialistes) et est l'objet, trop fréquemment, d'idées toutes faites et de préjugés. C'est aussi l'occasion d'évoquer des thèmes de pensée et de citer des noms qui ne sont pas souvent prononcés dans les amphithéâtres des Facultés de droit françaises. Un petit changement donc au menu ordinaire, que certain(e)s étudiant(e)s estiment parfois insipide.

N'étant ni philosophe ni métaphysicien et pas davantage philologue ou historien, je m'en tiendrai à des idées générales -sinon "vaguement" générales- me conformant ainsi, par la force des choses, au souhait exprimé ici même, il y a quelques jours, par le sociologue Edgar MORIN... Sous le bénéfice de ces remarques qui devraient m'éviter les reproches des spécialistes de l'Inde ancienne -et qui m'autorisent à traiter allusivement de questions qui mériteraient, chacune, de longs commentaires- je me risque à commencer.

Au coeur du système traditionnel hindou il y a le concept de DHARMA. Avant d'en donner une idée (II)

(1) Notamment aux travaux de Louis Renou, Jean Filliozat (décédé en 1982), Robert Lingat, Madeleine Biarreau, Guy Deleury, Jean Varenne.

et de l'illustrer par quelques exemples (III) il faut d'abord situer historiquement (I) ce qu'on appelle le Droit Hindou.

I - DROIT HINDOU ET SYSTEME TRADITIONNEL DE L'INDE

Notre conception occidentale du Droit, héritée en bonne partie du Droit Romain, s'articule difficilement avec celle du Droit Hindou. A la rigidité de l'une (idée de règle impérative et sanctionnée) s'oppose la plasticité (?) de l'autre, plus difficile à saisir et à caractériser dans ses éléments intrinsèques. L'approche du système traditionnel de l'Inde exige par conséquent un effort de compréhension, d'adaptation à un autre univers intellectuel et moral où le rationalisme et la pensée systématique n'ont guère de place. Ou du moins pas la place ni le rôle que nous leur donnons dans nos systèmes philosophiques et juridiques.

Cela étant trois points sont à préciser sommairement.

1) De quel "Droit" s'agit-il ?

Le Droit Hindou, le **HINDU LAW** selon l'expression traditionnelle héritée de la colonisation britannique, concerne essentiellement sinon exclusivement ce que nous qualifions globalement "*Droit Privé*" : statut des personnes (famille, succession, biens, sanctions pénales, etc.) et aussi statut de groupe social envisagé surtout à travers l'appartenance de caste. Il comporte très peu de Droit Public, hormis les discussions sur le rôle de l'autorité royale à certaine époque. En bref le Droit Hindou c'est d'abord et avant tout la réglementation (au sens large du terme) qui dicte la conduite de l'individu et du groupe pris ensemble et qui, en même temps, définit la condition de l'individu dans son groupe. Le passage de l'individuel au social est permanent.

Le Droit traditionnel hindou relève donc davantage des principes religieux, moraux et philosophiques attachés à cette civilisation que de la norme juridique au sens moderne du terme. Il s'écarte par conséquent du Droit indien contemporain très largement modernisé et occiden-

talisé (surtout en droit public). Il faudra cependant s'interroger, en conclusion, sur le degré de permanence de ce droit hindou dans le système juridique de l'Inde moderne.

2) De quelle époque s'agit-il ?

On devrait parler au pluriel et dire de quelles époques s'agit-il puisque l'Histoire de l'Inde remonte à quelque cinquante siècles et que les historiens sont loin de s'accorder sur la durée exacte des différentes périodes. La chronologie est approximative. Sous le bénéfice de cette remarque il est possible de donner quelques points de repère.

Le "*système traditionnel de l'Inde*" s'étend, en gros, de la Haute Antiquité jusque vers la fin du 18^e siècle de notre ère, lorsque s'établit l'influence puis la domination britannique : d'abord par l'entremise de la Compagnie des Indes puis, directement au 19^e siècle (après la révolte des Cipayes en 1857 notamment), avec l'installation de l'Empire britannique des Indes dont Lord MOUNBATTEN sera le dernier vice-roi au moment de l'indépendance et de la "*partition*" en août 1947.

Un parcours historique très sommaire ferait apparaître les étapes suivantes, quitte à faire rougir un historien scrupuleux...

- Vers 3.000 avant J.C. (B.C.), débute la "*Civilisation de l'Indus*" (Cf. sites de MOHENJO DARO et HARAPPA) concomittante avec les civilisations de Sumer puis de Babylone (Mésopotamie) et de la Haute Egypte pharaonique.

- A partir du 20^e siècle B.C., on enregistre les premières arrivées dans la Haute Vallée du Gange de peuples aryens, venus par la célèbre passe de Khyber dans l'Indou-Kouch, de la vieille Perse, c'est-à-dire de l'Iran et de l'Afghanistan actuels. Le mot "*aryen*" vient tout simplement du nom *arya* que se sont donné ces communautés qui pendant plusieurs siècles développent leur installation dans le nord de l'Inde.

C'est l'apparition de la **civilisation védique** qui, aux alentours des 10^e et 9^e siècles B.C. (soit à l'époque d'Homère en Grèce) se répand dans le sud de l'Inde jusqu'à

Ceylan par la conquête. La civilisation védique s'est en effet imposée par le clan conquérant Bhârata (d'où le nom de "*Bharat*" donné à l'Inde d'aujourd'hui) que les célèbres épopées du **Mahabhâratta** et du **Ramayana** (du nom d'un autre clan lié au clan Bhârata) célèbreront plus tard. C'est aussi et surtout le début véritable du modèle "*hindou*" de société qui, tout en étant homogène, prend des formes et des rites divers dans l'Inde du nord (aryenne) et dans l'Inde du sud (dravidienne).

- Entre les 8^e et 6^e siècles B.C. se produit dans l'ensemble de l'Inde une sorte de révolution de civilisation, du moins une intense activité intellectuelle et spirituelle avec propension à l'ermittisme, à la multiplication des écoles liturgiques, et à la remise en cause des pratiques traditionnelles. Au védisme initial que s'efforcent de maintenir les Brahman succède l'Hindouïsme et le début du système social des castes. Surgissent surtout au 6^e siècle B.C. les grands réformateurs, le Gautama Bouddha et Jina Mahariva le fondateur du Jaïnisme. Le Bouddhisme et Jaïnisme entendent réagir contre le védisme antique trop ritualiste en insufflant une nouvelle approche, à la fois plus vivante et plus personnelle, de la connaissance de la vie et de la conduite de vie. On notera au passage que c'est à peu près à la même époque qu'apparaissent Zarathoustra en Perse, Confucius puis Lao Tseu en Chine, et les Grands Prophètes en Israël.

- Commence alors, à partir du 5^e siècle B.C., l'époque historique de l'Inde, celle dont on a des témoignages précis. Période extrêmement riche en événements de tout genre : les conquêtes de Darius et l'instauration de "*satrapies perses*" dans le nord de l'Inde ; puis la longue marche d'Alexandre le Grand (4^e siècle B.C.), le Macédonien, qui arrive à l'Indus ; les résistances internes aux conquérants et la succession d'empires et de dynasties, celle des empereurs **Maurya** constituant la première expérience réussie de l'unité hindoue. Au 3^e siècle B.C. la conversion au bouddhisme de l'empereur Asoka est une date importante dans l'histoire de l'Inde ancienne alors que le bouddhisme, né en Inde, commence à décliner dans cette aire géographique mais se propage en Asie du Sud-Est. Les contacts de l'Inde et de Rome ne laissent pas d'influence majeure. A l'ère chrétienne le système hindou de société apparaît solidement implanté. Le calendrier hindou officiel fixe d'ailleurs à 78 après Jésus-Christ (78 A.D.) le début de l'ère hindoue (**Saka**).

- Les 4^e et 5^e A.D. sont considérés par les historiens comme "l'âge classique" de l'Inde. La dynastie des empereurs **Gupta** (de caste inférieure ?) va cimenter durant plusieurs siècles le fond culturel hindou. C'est une période particulièrement riche pour l'art (temples et statuaire), la littérature et la civilisation juridique hindoue.

A partir du 7^e siècle se font sentir les premiers effets de la conquête musulmane en Asie : les Parsis (Zoroastriens) fuient la vieille Perse pour s'établir en Inde. La progression musulmane s'accélère à compter du 10^e siècle et la création de sultanats dans le nord de l'Inde (sultanat de Delhi notamment) accentue le clivage avec l'Inde du sud où se maintiennent de puissants royaumes hindous (Vijayanagar et autres).

- Au 16^e et 17^e siècle la domination politique musulmane s'affirme avec le règne des "*Grands Moghols*" : **Baber** qui s'empare de Delhi en 1576, puis **Akbar** et **Aurangzeb** (+ 1706) célèbre pour le Taj Mahal d'Agra. Mais l'hindouïsme en tant que civilisation reste très vivant grâce à sa capacité de synthèse des apports extérieurs et à la tolérance de l'Islam.

- Ce "*Moyen-Age indien*" (10^e-17^e siècle) pour reprendre la qualification de certains historiens se termine au 18^e siècle. A partir de cette date, en effet, on assiste à une reconquête hindoue de l'espace territorial indien. C'est le fait de princes et de maharajas qui, seuls ou associés, combattent la domination musulmane. A l'époque la Confédération Marathi, animée par le célèbre **Chivajhi** (de Poona), apparaît comme l'une des forces les plus puissantes dans l'Inde du centre et du nord. Les colonisateurs européens qui tentent au même moment leur installation ou leur extension (Portugais établis à Goa depuis le 16^e siècle, Hollandais sur la côte de Malabar, Danois et Anglais au Bengale, Français à Pondichéry (1670) avec Dupleix) se heurteront à lui.

Ce sont finalement les Anglais qui, avec Clive et ses successeurs, l'emporteront. Pendant près de 150 ans la présence britannique imprimera sa marque à l'Inde moderne. Jusqu'à ce que le Mouvement du Congrès, animé à partir de 1921 par Gandhi, obtienne le 15 août 1947 l'indépendance de l'ex-empire britannique des Indes, mais coupé, après une sévère lutte intestine, en deux nouveaux Etats : l'Inde et le Pakistan.

3) De quelle civilisation s'agit-il ?

Question immense et délicate à laquelle on se permettra de répondre, à titre de suggestion, par deux simples observations, sans prétendre à une explication d'ordre théologique, philosophique ou proprement historique.

[a] Il s'agit avant tout de la **civilisation hindoue**, issue du védisme originel dont on reparlera, que l'on peut caractériser, semble-t-il, par trois traits complémentaires.

- D'abord une apparente (et réelle) **multiplicité** lorsqu'on se réfère au panthéon hindou et aux avatars de ses divinités (2) ; à la diversité des écoles liturgiques, des rites et des interprétations, puis des sectes engendrées par cet effort continu d'analyse et d'adaptation ; enfin à la variété des castes et des cultures (langues et comportements).

- Mais cette multiplicité s'inscrit dans une réelle **cohérence**, dans un système philosophique au sens large du terme qui englobe en permanence le destin de l'individu et du groupe. En témoignent la cosmologie hindoue qui situe l'être dans l'Univers -durant sa vie et après sa mort-, et les principes de conduite personnelle (corps et esprit) tirés des préceptes de la religion (la foi), de la science (astrologie et astronomie) et du droit (règles de comportement dans la vie sociale). Il y a là tout un univers proprement hindou qui, en définitive et malgré les apparences, n'a aucun rapport direct avec d'autres "*religions*" d'Extrême-Orient, tels le Confucianisme et la Taoïsme en Chine ou le Shintoïsme au Japon, qui surgissent aux alentours du 6^e siècle avant J.C., c'est-à-dire au moment où l'hindouisme confirme ses fondements sous l'aiguillon des réformateurs.

- La troisième caractéristique de l'hindouisme est l'**esprit de tolérance**. Il ne s'agit pas de faiblesse ou

(2) Les trois principales divinités sont Brahma, Vishnu et Shiva, c'est-à-dire, le créateur du monde, le mainteneur et le destructeur. Mais chacun d'eux connaît des transformations (avatars) et se retrouve sous des noms différents. Chaque dieu a son correspondant féminin (*sakti* ou déesse). Du point de vue métaphysique Brahma est l'Unité Abstraite mais sous l'angle de la dévotion il est personnifié par ses trois aspects concomitants, c'est-à-dire trois visages (*Trimurthi*). La symbolique hindoue énumère 33 dieux (le chiffre exact est de 333.333) dont Indra est le chef.

de compromission, car on expliquerait difficilement la permanence de cette civilisation compte tenu des assauts politiques et philosophiques qu'elle a dû affronter au cours des siècles. Il ne s'agit pas non plus d'indifférence ou de pacifisme systématique, l'Inde ayant toujours été une terre de luttes et de violences intestines. L'esprit de tolérance qui caractérise l'hindouisme tient à sa capacité extraordinaire "*d'intégration*" des apports extérieurs sans perdre pour autant son authenticité. Et à défaut de les intégrer, au moins de les accepter en tant que tels comme croyances tout aussi respectables. L'hindouisme, rebelle à l'esprit missionnaire avide de "*conversion*", a certes ses fanatiques dont certains partis politiques contemporains sont l'expression. Mais dans l'ensemble il a toujours été et est philosophiquement et politiquement très tolérant. "*L'intégrisme*" lui est étranger. Il a ainsi accepté ou plus ou moins assimilé -au cours des exodes, des réformes ou des conquêtes -le Zoroastrisme (les parsis), le Bouddhisme, l'Islam, le Christianisme, la religion juive (3). Il absorbe aujourd'hui, à sa façon, l'idéologie marxiste. Toutes ces influences qui bouleversent à l'occasion les rapports sociaux ne paraissent pas jusqu'ici avoir porté atteinte fondamentalement aux valeurs essentielles que véhicule la civilisation hindoue.

[b] Mais évoquer le système traditionnel de l'Inde c'est aussi remonter aux sources de la **civilisation indo-européenne** dont nous sommes les très lointains héritiers.

C'est la civilisation des Arya (aryens), ou indo-germanique comme on disait jadis, avant que les nazis ne la travestissent totalement avec le mythe d'une race supérieure dont le type idéal était le "*bon aryen*" allemand (4).

- L'intuition déjà ancienne d'une civilisation indo-européenne, qui se serait propagée très progressivement de la Haute Vallée du Gange où vivaient les peuples alya

(3) Le système des castes se retrouve parfois dans ces minorités religieuses. Ainsi au Kerala la caste des Nazrani qui sont chrétiens depuis le 15^e siècle.

(4) On sait que les Tziganes et autres Gens du voyage sont les lointains descendants des populations dites indo-européennes installées dans le nord de l'Inde.

vers l'ouest, apparaît aujourd'hui comme un fait historique établi. Il s'agit d'une civilisation "*reconstruite*" à partir de la linguistique (philologie, grammaire, sémantique) et de la mythologie. De l'Inde à l'Islande, à travers la variété des langues anciennes et de leur état contemporain (5), on retrouve un fonds de racines communes qui autorise à imaginer une langue-mère, appelée l'indo-européen. Des recherches plus approfondies à travers les grands thèmes littéraires (épopées, histoires, sagas) ont permis de faire des rapprochements suggestifs entre divinités et héros de ces célébrations devenues nationales (6). On a enfin dégagé, preuves à l'appui, un type d'organisation sociale commun à ces différentes civilisations échelonnées dans le temps, et fondé sur une répartition tripartite des fonctions : sacerdotales, guerrières, productives. On les retrouve à une époque "*récente*" aussi bien dans la Grèce antique que dans la République romaine, et à l'époque féodale française avec le système des trois Ordres (Noblesse, Clergé, Tiers-Etat).

- Cette reconstruction intellectuelle d'une civilisation indo-européenne, dont la civilisation védique puis hindoue serait l'expression première et authentique avant d'essaimer dans l'espace occidental, remonte seulement à deux siècles. C'est au 18^e siècle, en effet, que s'effectue à proprement parler la "*découverte*" de l'indo-européen qui a un immense retentissement. Le français Anquetil-Duperron (1731-1805) est l'un des pionniers. Jusqu'à cette époque l'Hébreu était donné comme langue-mère de l'humanité, voire comme la langue de communication entre Adam et Eve...

La découverte du Sanskrit et du vieil Iranien (à travers le livre sacré des Zoroastriens, l'*Avesta*) bouleverse alors toutes les données. A partir de là les travaux linguistiques font apparaître des relations étroites entre les parlars celtes, germaniques et slaves d'une part et, d'autre part, des rapports manifestes quant à la racine des mots entre ces langues "*modernes*" et le vieil Iranien (ou vieux Perse), le sanskrit, le grec ancien et le latin. La philologie contemporaine confirme ces relations.

(5) Hittite, vieux Perse, Gaélique, Sanskrit, Grec, Latin, etc.

(6) Le Dieu Mithra des Perses correspond au dieu védique Indra, au Zeus des Grecs et au Jupiter des Romains.

Signalons au passage l'apport des français à la connaissance de l'indo-européen. Deux noms prestigieux se détachent au 20^e siècle. Celui de Emile BENVENISTE, philologue et grammairien récemment décédé (7), et surtout celui de Georges DUMEZIL à qui l'on doit la véritable synthèse de ce qu'il faut appeler l'idéologie indo-européenne. Peu connu du grand public, fuyant les media (mais cependant admis à l'Académie Française), Georges DUMEZIL est sans doute le grand humaniste du 20^e siècle. C'est l'occasion aujourd'hui de citer son nom dans les Facultés de Droit et de Science Politique françaises... qui ignorent tout de lui, et peut-être de son existence !

Par ses nombreux travaux DUMEZIL est celui, au dire de ses pairs, qui a véritablement renouvelé la connaissance de la civilisation indo-européenne (8). Ce n'est pas un mince hommage quand on connaît la jungle des chercheurs...

II - LE CONCEPT DE "DHARMA"

Malgré les variations qu'il a pu connaître au cours des temps le concept de Dharma, qui en sous-tend beaucoup d'autres, est le concept-clef de la civilisation hindoue. Pour en donner une idée approximative et bien sommaire nous évoquerons la notion elle-même, ses différentes sources, et son passage très progressif du plan religieux/moral au plan juridique.

A - LA NOTION DE DHARMA

I - Ce mot sanskrit signifie "*ce qui est ferme et durable*" ou, si l'on veut, "*la disposition normale des choses*". L'anormal étant précisément le **adharma**. Appliqué à l'Univers le dharma c'est l'ordre cosmique, mis en évidence

(7) Cf. Emile Benvéniste, Les institutions indo-européennes, Paris, 1969.

(8) Voir par ex. L'Idéologie tripartite des indo-européens, Paris, 1958, et L'Apollon sonore, Paris, 1981. D'après Dumézil l'idéologie indo-européenne repose sur le principe de la "tripartition sociale" : il y a ceux qui savent, ceux qui combattent et ceux qui produisent, tous les autres étant les "serviteurs" des agents de ces trois fonctions. Cette tripartition correspond à une division du travail mais elle est aussi le reflet d'une norme absolue correspondant à l'Ordre Universel et qui s'impose par conséquent dans la société.

par l'astronomie, l'astrologie et la spéculation philosophique ; c'est aussi l'ordre de la Nature avec le rythme des saisons (et des moussons), la complémentarité du règne végétal et animal qui sont l'expression de la Vie ; c'est enfin l'ordre Social exprimé à travers les grands principes religieux et moraux de civilisation incarnés dans des institutions "stables".

Il y a donc des lois éternelles qui maintiennent l'Univers (9), et le dharma exige que l'individu soit en harmonie avec elles.

L'insistance mise sur le devoir beaucoup plus que sur le droit (objectif ou subjectif) est sans doute l'élément fondamental du système traditionnel hindou.

2 - Le dharma a subi évidemment des inflexions dans sa pratique. A l'époque védique le respect du dharma consiste vraisemblablement en l'accomplissement rigoureux de rites dont les "prêtres" Brahmanes sont les dépositaires et les gardiens sourcilleux : récitation d'hymnes, sacrifice (animal, peut-être humain ?). Le formalisme s'atténue par la suite. Le cérémonial actuel du **pouja** s'inscrit dans cette évolution.

Deux points importants doivent être signalés.

- Le Dharma dicte le comportement à la fois de l'individu et du groupe social auquel il appartient. Chaque caste et sous-caste a son dharma qui s'impose à tous les membres du groupe mais chacun d'eux reste cependant libre dans ce cadre de sa propre "évaluation". Ainsi se trouve posé le problème de la liberté individuelle (et de la tolérance) au sein du groupe. Par là s'explique aussi la possibilité de création de nouvelles castes ou sous-castes définissant, si l'on peut dire, leur dharma. Ce système de croyance à la fois cohérent et rigide mais également souple donne au système traditionnel hindou sa complexité et sa richesse.

- Le dharma c'est le devoir mais c'est aussi l'intérêt puisqu'il conditionne le salut. Ici intervient toute la cosmogonie hindoue représentée par la Roue de la Vie (cf. par ex. le célèbre temple de Konarak en Orissa) et qui repose

(9) Cf. Mahabhâratta : "Le dharma maintient ce qui a été créé, il est capable de maintenir l'Univers."

sur deux croyances fondamentales : celle des mérites et sanctions attachés aux actes accomplis durant la vie (**Kharma**) et celle de la transmigration ou réincarnation après la mort physique (**Samsara**). L'addition de bons karmas permet à chaque individu d'espérer une réincarnation à un degré supérieur et, à la limite, d'échapper un jour au cycle ininterrompu de la Roue de la Vie, c'est-à-dire d'obtenir la Délivrance, la fusion avec l'Etre Suprême (Brahma) pour parler un langage occidental. L'aspiration bouddhiste au Nirvâna, la Sérénité parfaite, relève par d'autres moyens de la même conception.

3 - Une complexité supplémentaire, pour un esprit rationaliste du moins, tient au fait que le concept de dharma concerne aussi bien le domaine de l'esprit que celui de la matière. La philosophie hindoue traditionnelle répartit l'ensemble des activités humaines en quatre groupes, chacun d'eux ayant sa propre légitimation :

- * **dharma**, le devoir de réaliser le Bien
- * **artha**, la recherche du profit
- * **kama**, le plaisir dans tous ses aspects. Cf. la place de l'érotisme dans la statuaire hindoue, le tantrisme bouddhique, et le célèbre **Kamasutra** (Traité du Plaisir) de Kalidasa.
- * **moksa**, la quête du salut.

C'est en définitive à ces quatre niveaux, si l'on peut dire, que chacun doit agir au mieux, dans le cadre de son groupe social, pour être fidèle au Dharma dont dépend le salut : pour un roi le dharma consistera à se préoccuper toujours de l'intérêt général, pour un serviteur ce sera de remplir fidèlement son devoir à l'égard de son maître.

Cela étant il faut distinguer encore entre le principe du Dharma et les voies de la Délivrance. Si le respect du Dharma, comme nous l'avons dit, est la condition du salut à travers la réincarnation il y a plusieurs façons possibles d'y parvenir, en fonction des capacités et des situations de chaque individu.

La **Baghavad-Gita** propose trois directions ou pratiques :

- la discipline des actes (conduite de vie), le **Kharmayoga**
- la voie de la connaissance (spéculation), le **Jnanayoga**
- la voie de la dévotion (culte et rituel), le **Bhaktiyoga** ou plus simplement la "**Bhakti**".

Ces quelques réflexions sur la notion de Dharma, tout juste allusives, suffisent à en montrer la richesse de contenu et la diversité des pratiques et interprétations qu'elle peut receler.

B - LES SOURCES DU DHARMA

Evoquer les sources du Dharma c'est s'interroger sur les sources du droit hindou traditionnel. La variété des textes qui s'échelonnent de l'époque védique ... au début du 19^e siècle de notre ère défie l'analyse d'autant plus que les exégèses, les gloses et les interpolations, les interprétations ont engendré de nombreuses "*écoles*" historiques. Les débats continuent aujourd'hui entre spécialistes.

Pour un rapide inventaire, il faut distinguer trois grandes sources qui mériteraient chacune des analyses très nuancées pour tenir compte en particulier de leur exacte succession chronologique. Ce sont : les **Védas**, la **Tradition**, et les **Commentaires**.

1 - La source première, les "**Védas**"

- Véda, en sanskrit, signifie la Connaissance, le Savoir. Les Védas ce sont, par conséquent, les textes sacrés originels de l'époque védique, recueillis par "*audition*", en bref des textes issus de la Révélation (**Sruti**). Il s'agit d'une littérature liturgique et incantatoire (hymne, formules rituelles à répéter, etc.) dont la Somme nous est parvenue, partiellement et indirectement, par les citations des compilateurs ultérieurs. Au départ ce sont des Sages ou Prophètes (**Rishis**) qui auraient recueilli cet enseignement de Brahma -Celui qui créa le monde par son souffle- et l'auraient transmis oralement (10). La transcription écrite en sanskrit de cette littérature sacrée se serait effectuée, selon les spécialistes, entre le 18^e siècle et le 6^e siècle avant J.C.

(10.) Dans la cosmogonie hindoue ces Rishis sont représentés de différentes façons. Ainsi les sept points de la constellation Grande Ourse seraient sept Rishis.

En tant que textes révélés les Védas, source première du Dharma, ne sont pas susceptibles de discussion. C'est le dogme, les Brahmanes en étant les porte-parole et les gardiens. Mais les Védas connus ne constituent qu'une partie de la Révélation, le reste, si l'on ose dire, ayant été perdu par la mémoire humaine. Ce qui laisse place inévitablement aux interprétations des diverses écoles védiques, parallèles ou à l'occasion concurrentes. Et aux utilisations de sectes modernes qui, telle la secte Krishna en Occident, se réclament d'un soi-disant védisme mais qui est d'abord un védisme frelaté à des fins publicitaires et commerciales.

- Le Canon védique qui s'est constitué au cours d'une douzaine de siècles au moins comprend quatre séries de textes, classés par les indianistes à partir de différents critères (forme littéraire, etc.). Ce sont dans l'ordre chronologique :

- le **Rig Veda** (Samhita)
- les **Brahmanas** (Samaveda)
- les **Kalpasutras** (Yajurveda)
- les **Upanishads** (Atharveda)

Les Upanishads, enseignements spéculatifs dont plus de 200 ont été publiés en Inde, sont ainsi les textes védiques les plus récents.

2 - La tradition (Smriti)

Smriti signifie la mémoire, le souvenir. La Tradition comprend donc les textes qui ne relèvent plus de la Révélation mais de la connaissance "*médiatisée*" par des auteurs transcrivant ce qu'ils ont appris de générations antérieures. Ecrits en sanskrit, pâli ou prākṛit, à des époques relativement récentes et par des auteurs anonymes (voire mythiques) qui se cachent sous un nom d'emprunt, ces textes ont fait également l'objet d'une classification formelle aujourd'hui acceptée par l'ensemble des spécialistes. On y trouve : les **Vedantas** (il y en a six) qui sont des explications des Vedas par aphorismes très concis ; les **Epopées**, en particulier les célèbres **Mahabhāratta** et **Ramayana** qui alimentent la littérature religieuse et populaire, les fresques des temples et ... le cinéma indien contemporain

(11) ; enfin les **Puranas** ou "récits d'autrefois" qui procèdent également de cette veine mythique qui nourrit l'hindouisme.

Dharmasūtras et Dharmasāstras

Du point de vue contenu, et c'est ce qui nous intéresse surtout en ce qui concerne les sources du droit hindou, l'ensemble des textes de la Tradition se répartissent en deux catégories.

D'une part les **Dharmasūtras** (une vingtaine de manuscrits nous sont parvenus), c'est-à-dire les enseignements donnés par les différentes écoles védiques. Ils se situent probablement entre le 6^e et 3^e siècle avant J.C. Ceux "signés" Gautama, Vishnu, Apastamba sont les plus célèbres, et c'est à travers ces textes que l'on connaît les Védas (12). Ils reflètent un début de formalisation du système traditionnel hindou.

D'autre part les **Dharmasāstras** (plus de cent textes ou fragments de textes sont connus au moins par citations) qui constituent un exposé général du Dharma, sans référence précise à telle ou telle école védique. Ce sont en somme des Traités (on dirait aujourd'hui des manuels) sur le Dharma dont les plus récents se situent au 9^e siècle après J.C. A la différence des **Dharmasūtras** qui ne formulent que des règles de conduite sans sanction précise, les **Dharmasāstras** font une place déjà importante aux prescriptions juridiques qui s'imposent aux diverses castes. On estime que cette "juridisation" du Dharma est le reflet d'une unité culturelle largement acquise, d'une "indianité" qui par-delà les différences ethniques et sociales puise ses valeurs dans l'hindouisme issu du védisme originel.

(11) La Mahabhāratta raconte la fondation et la geste du clan primitif Bharata dans l'Inde du nord tandis que le Ramayana décrit le parcours vers le sud et jusqu'à Ceylan du clan collatéral Rama. La Bhagavad-Gita est un passage célèbre de ces épopées.

(12) "L'objet des Dharmasutras est d'enseigner aux hommes leur dharma, c'est-à-dire les règles de conduite productives de mérites spirituels selon la caste à laquelle ils appartiennent et suivant la phase de leur existence. Leur plan général, observé d'ailleurs fort irrégulièrement, consiste à prendre comme base le Brahmane, à le suivre dans les quatre **ashramas** (stades de l'existence), puis à formuler les règles particulières aux trois autres **varnas**". R. Lingat in Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde, Paris, 1967, p. 67.

Le **Code de Manu (Manusmriti)** est sans doute le plus célèbre des **Dharmasastras**. C'est par lui que l'Occident a accédé à la connaissance (partielle) du système traditionnel hindou (13). Manu, auteur en fait anonyme, se situerait -à deux siècles près en plus ou en moins- aux alentours du 1er siècle de notre ère. Présenté le plus souvent dans nos Facultés de Droit (à supposer que les codes d'Hammourabi et de Manu soient encore occasionnellement cités aujourd'hui !) comme "*le premier législateur*" de l'Inde, Manu est en réalité un moderne au regard de l'époque védique. Ainsi va, par la force des choses, la contraction de l'Histoire...

3 - Les Commentaires et Digestes

Tout système juridique suscite des gloses et des compilations. Le système traditionnel hindou, particulièrement riche en la matière, a fait l'objet -entre le 10^e et 19^e siècle de notre ère- de très nombreux ouvrages qui s'efforcent de reconstituer le contenu exact et la portée effective des textes védiques et de la Tradition. C'est la troisième source du droit hindou et, il faut le reconnaître, la plus accessible aujourd'hui.

Les auteurs de **Commentaires** sont nombreux (cf. Madatithi, Yajnavalkya, Haradutta, etc.). Ainsi à partir du 10^e siècle le Code de Manu fait l'objet de gloses diverses. Le problème posé aux indianistes, indiens et étrangers, est d'établir autant que possible l'exactitude historique de ces ouvrages qui transmettent, et interprètent à l'occasion, les enseignements donnés dans les Dharmasūtras et dans les Dharmasāstras.

Quant aux **Digestes**, ainsi que le nom l'indique, ce sont des compilations et aussi des comparaisons entre différents textes relatifs à une même question. Ils se multiplient à partir du 12^e siècle. Au 18^e et 19^e siècle les Anglais, soucieux de "*fixer*" le droit hindou traditionnel, encouragent cette technique (14). Le gouvernement indien contemporain poursuit dans la même direction. Un nouveau

(13) Le Code de Manu a été traduit en anglais en 1794. La première traduction française date de 1833, une seconde a été faite en 1893.

(14) L'anglais Colebrooke publie en 1797 le premier Digeste sous le titre A Digest of Hindu Law. C'est une traduction du Vivadabhangawama, c'est-à-dire "Océan de la solution des litiges".

Digeste (Dharma Kosa), sorte de jurisclasseur du droit hindou traditionnel par rubriques spécialisées (institutions, procédures, etc.) est en voie d'achèvement.

En définitive les sources du système traditionnel de l'Inde constituent une masse considérable de textes, de première ou seconde main, assortis d'interprétations selon les époques. A quoi s'ajoutent la **Coutume**, propre à chaque caste ou à chaque région, et, à certaine époque au moins, **le rôle de l'Autorité Royale**, appelée à "*dire le droit*" en cas de contestation.

L'étonnant est que cette diversité, inscrite dans la durée de presque deux millénaires, ait donné en fin de compte un fond commun de civilisation, l'hindouisme, qui a et maintient sa spécificité.

C - LE PASSAGE DU DHARMA A LA REGLE DE DROIT

Sauf à dire que ce passage s'est affectué de manière très progressive il n'est pas facile de répondre à cette question : Comment la notion de Dharma, fondamentalement religieuse et morale, s'est-elle formalisée en concept juridique sous le nom de **Hindu Law** (Droit hindou) et institutionnalisée au risque de se figer ?

On peut esquisser trois éléments de réponse.

1 - Déjà les Dharmasāstras comportent un premier effort de "*juridisation*". Le Code de Manu, par exemple, distingue 18 types de litiges entre particuliers et 8 à 9 formes de mariage selon les castes (dot, rapt, etc.). Il expose différents cas de succession et donne des indications sur le statut de la femme selon qu'elle est mariée avec ou sans enfant, ou veuve. Il y a là tout un "*droit de la famille et des biens*" enseigné à l'éclairage des textes védiques et considéré comme conforme au Dharma.

2 - Le système hindou traditionnel a été influencé au cours des siècles par d'autres formes de croyances et de cultures qui l'ont contraint, sans se renier, à se mieux définir. Il a subi l'impact du Bouddhisme originel qui met l'accent sur des valeurs et par conséquent sur des règles de comportement qui, dans certains domaines, vont à l'encontre du védisme. L'Islam aussi, bien que largement "*intégré*" par l'hindouisme, a apporté sa contri-

bution au système de civilisation hindoue. Le glissement de l'un à l'autre -avec les échanges que cela suppose au plan juridique- a sans doute été favorisé par une approche conceptuelle similaire en ce qui concerne les sources et la pratique du droit : le Coran et la Sunna correspondant sensiblement à la division Védas/Tradition.

Ces apports "*non védiques*" ont en toute hypothèse contraint les commentateurs hindous à mieux fixer les enseignements du dharma et, par conséquent, à l'élaborer progressivement en termes de droit.

3 - C'est la colonisation occidentale (britannique) qui a sans doute le plus contribué -pour le meilleur ou pour le pire- à ce passage de la règle morale à la norme juridique.

- Dès la fin du 18^e siècle le colonisateur britannique, dans les provinces qu'il contrôle directement ou indirectement, est confronté à la question suivante : quel droit appliquer ? Avec la création au 19^e siècle de l'Empire britannique des Indes le problème de la fixation du **Hindu Law** devient prioritaire. Cela pose, même pour des Anglais, le rapport droit écrit/droit coutumier (quelle coutume ?) d'autant plus que le colonisateur entend "*respecter les droits et usages de ses sujets hindous*" (15). Les premiers tribunaux créés par la Compagnie des Indes avec William HASTINGS (1772) se heurtaient déjà à ces difficultés. Par la suite et jusqu'en 1864 le juge anglais s'ajouta officiellement des interprètes indigènes pris parmi les lettrés versés dans la connaissance des "*sāstras*" et que l'on appelle les **pandits**. Recours également aux Digestes et autres Codes brahmaniques mais qui soulèvent toujours des problèmes de traduction et d'adaptation aux coutumes locales. Un système qui désespère certains fonctionnaires anglais en place (16).

C'est pourtant dans cette voie de la codification du droit hindou traditionnel que s'engage l'Angleterre,

(15) Proclamation de la Reine Victoria en 1858 après la violente révolte des Cipayes (1857).

(16) Tel J.L. Nelson qui, à la fin du 19^e siècle, dénonce l'inefficacité d'un système faisant appel "à des sanskritistes qui ne connaissent pas le droit et à des juristes qui ne connaissent pas le sanskrit".

d'abord avec hésitation de la part du Parlement britannique (17), puis de façon plus systématique dans la seconde moitié du 19^e siècle avec la publication des premiers Codes de Hindu Law (code de procédure civile 1859, Code pénal 1860, Code de procédure criminelle 1861).

- Dès lors le système traditionnel hindou, toujours appliqué dans les rapports entre particuliers, tend à se figer en se modernisant. Du point de vue méthodologie cette "*juridisation*" soulève, auprès des tribunaux notamment, de nombreux problèmes. Le juge britannique se comporte surtout en arbitre (comme l'autorité royale autrefois) mais il a une tendance naturelle à cristalliser le droit hindou à travers sa propre conception de la légalité ou de l'équité. La **coutume hindoue** pour l'application du dharma est assez particulière, elle écarte la notion de précédent : une coutume peut être temporairement contraire au dharma sans être pour autant irrecevable. Même pour un juge anglais cette conception peut être difficile à accepter. D'autres techniques du droit traditionnel hindou lui sont étrangères : le rôle fondamental de l'**interprétation** (exégèse, vocabulaire, grammaire) ; celui de l'**investigation** (mimānsa) qui distingue entre ce qui est injonction véritable et ce qui ne l'est pas ; celui enfin de l'**argumentation**, casuistique très élaborée chez les pandits, et aussi de la recherche du **consensus**.

On imagine aisément à travers ces quelques exemples la transformation subie par la notion traditionnelle de Dharma à l'époque coloniale.

- Depuis 1947, date de l'indépendance de la République Indienne, un double mouvement est en cours : d'une part la substitution d'un système de loi territoriale (sauf quelques cas spécifiques) à celui de la loi personnelle qui caractérisait le droit hindou traditionnel ; d'autre part la codification des textes dans un souci accru de modernisation et d'unification.

Ce mouvement d'uniformisation du droit privé indien (hindou) n'est pas achevé en 1983 mais il entend confirmer des institutions retenant les valeurs fondamentales

(17) Le Charter Act de 1833 donne compétence au Parlement britannique pour codifier le droit hindou en le modernisant. Une réforme de grande envergure est alors entreprise en matière civile, pénale et commerciale.

de la civilisation traditionnelle. Dans quelle mesure cette orientation s'accorde-t-elle avec la définition du Dharma donnée par la philosophe S. Radhakrishna en 1936 (**The Heart of Hindouism**, p. 17-18) qui résumait ainsi la notion ? :

"Le Dharma est un code de conduite enraciné dans la conscience populaire. Il n'est pas subjectif au sens que la conscience individuelle l'impose, ni objectif au sens que la loi l'y oblige. Le Dharma ne contraint pas les individus à être vertueux, il les excerce et les entraîne à être fidèles à leur devoir. Le Dharma n'est pas un code précis de règles mécaniques, mais un état d'esprit vivant (living spirit) qui se développe et évolue avec le développement de la société".

III - L'ORGANISATION DE LA SOCIETE DANS LE SYSTEME TRADITIONNEL DE L'INDE

Le concept de Dharma, formalisé avec la naissance de l'hindouisme, a inspiré un type d'organisation sociale spécifique qui fait l'originalité de cette civilisation. Encore convient-il de rappeler que les enseignements des Dharma-sūtras et des différents Commentaires donnent une vision "idéale" de cette organisation sociale. Les Brahmans en sont normalement les zélotes puisque leur fonction est précisément de maintenir les valeurs traditionnelles. Dans la pratique quotidienne ces principes d'organisation sont plus ou moins respectés. C'est en tout cas à partir des devoirs dictés aux Brahmans par le Dharma que se définissent les obligations des autres castes et catégories sociales.

A titre d'illustration, et parmi beaucoup d'autres données, on évoquera sommairement la théorie des **varnas** et des castes, celui des différents stades de l'existence (**ashrama**), et le statut de la femme dans l'Inde traditionnelle.

A - LA THEORIE DES QUATRE "VARNAS" ET LE SYSTEME DES CASTES

. En sanskrit **varna** signifie couleur (de la peau) et, partant, fonction sociale. La théorie des **varnas** est d'origine védique : le Monde serait issu de **Purusa**, le **Mâle Primitif**, qui aurait engendré les hommes par la

bouche, les bras, les cuisses et les pieds (18). D'où une hiérarchie de quatre groupes sociaux chacun ayant son dharma et une fonction précise. Ce sont, dans l'ordre, de haut en bas de l'échelle sociale :

- les **Brahmans**, ou arya varna, les "deux fois nés". C'est la caste des prêtres au sens large du terme, ceux qui détiennent la connaissance et la science et qui sont par conséquent préposés à l'enseignement de la doctrine védique, puis hindouiste.
- les **Ksatryia**, les guerriers, dont la fonction (militaire) est d'assurer la défense (à l'occasion par l'attaque) et la protection des autres catégories sociales.
- les **Vaisya**, ceux qui assurent la production, c'est-à-dire commerce et agriculture.
- les **Sūdra**, qui sont par nature les serviteurs des trois autres ordres et dont le dharma exige le bon service.

. Cette conception hiérarchisée du monde humain, qui se retrouve peu ou prou dans toute la civilisation dite indo-européenne (cf. supra I), soulève évidemment de nombreuses questions. En ce qui concerne la société hindoue on en retiendra, ici, deux qui apparaissent essentielles pour la compréhension de l'Inde.

1) Quelle est la portée effective de cette classification sociale ou raciale ?

Tout d'abord elle est héréditaire : on "naît" dans tel ou tel varna. D'où l'endogamie et tous les rites religieux, sociaux, culinaires, etc. qui ont une très grande importance dans la vie quotidienne puisqu'ils sont la condition de la préservation de la pureté du groupe social.

Cette classification correspond également à des fonctions sociales et économiques précises (métiers) dans une société primitive et étroite qui affecte à chacun un rôle déterminé pour la survie et le développement de cette société. Elaborée au cours de la longue époque védique cette classification rigoureuse a sans doute été "figée"

(18) Nanda, le taureau, propre au rite Shivaïte, en est une représentation symbolique.

ultérieurement par les Brahmans qui y trouvaient avantage. C'est du moins le point de vue généralement partagé par les indianistes contemporains.

Au plan individuel, enfin, le destin de chacun dépend de l'observation du dharma et, par conséquent, permet toujours d'espérer -à travers la Transmigration- une amélioration de son statut futur ou, au contraire, d'entraîner la déchéance dans un groupe inférieur. C'est la Roue de la Vie.

La théorie des varnas combine, en définitive, un élément de fixité (hiérarchie héréditaire des groupes sociaux) et une possibilité individuelle d'évolution à travers le respect du dharma. Elle implique également l'existence d'un ordre social cohérent puisque, au nom du dharma, les varnas supérieurs ont des devoirs envers les varnas inférieurs, et inversement.

2) Qu'en est-il du système des castes ?

Sur cette question extrêmement complexe, et généralement très mal appréciée en Occident, on se limitera, faute de temps, à quelques observations.

Soulignons tout d'abord que le mot français "*caste*", à nuance péjorative parce que discriminatoire, vient du portugais *casta* qui signifie "*pur*". En sanskrit le mot propre est *jāti* qui n'a pas la même connotation. Comme quoi les approximations de traduction et de vocabulaire peuvent conduire à des jugements plus ou moins subjectifs et, souvent, erronés.

Cela dit on fera quatre remarques.

* Il est certain que le système indien des castes est issu de la théorie védique des varnas. Mais il vient, dans le temps, longtemps après. Il se réfère sans doute moins à une conception du monde originel qu'à une nécessaire division du travail impliquant une hiérarchie plus ou moins rigoureuse. On pense que le passage graduel des **varnas** aux **jātis** est une conséquence du métissage racial. Déjà Manu dénombrait en son temps un grand nombre de castes (19).

(19) Par suite notamment de métissage entre varnas. Ainsi l'union d'un Brahman avec une femme de varna inférieur donne à l'enfant une caste particulière. L'enfant né d'une femme de varna supérieur et mariée à un homme de varna inférieur sera rejeté dans un rang très bas de la hiérarchie sociale.

* Le système des castes était vraisemblablement à l'origine plus souple qu'il ne l'est aujourd'hui. C'est au cours des siècles qu'il acquiert une rigidité caractéristique, et par là-même proprement discriminatoire, sans doute sous l'influence des Brahmans désireux de conserver leurs privilèges de caste dominante et dictant aux uns et aux autres les activités permises ou défendues. Toutes les analyses contemporaines s'accordent sur ce point.

Mais cette rigidité s'accompagne d'une multiplication de castes et de sous-castes qui s'élaborent à travers la combinaison de divers critères : liens de parenté, origine ethnique, pratique professionnelle et références rituelles. Chacun des varnas originels s'est démultiplié si l'on peut dire en une hiérarchie de **jati**. A l'heure actuelle on estime que le nombre total des castes en Inde est au moins de cinq mille.

* L'un des problèmes les plus aigus, sur le plan social et moral, qu'ait engendré le système hindou des castes est celui des "*Intouchables*". La philosophie égalitaire occidentale y est particulièrement sensible et le plus souvent très critique. L'Intouchable c'est à proprement parler le "*hors caste*", celui qui est tombé au rang le plus bas des Sudras. Sa présence, son ombre même, est polluante, surtout pour le Brahman. D'où des pratiques éminemment discriminatoires à son égard, surtout dans le domaine des contacts sociaux, des rites et de la commensalité (20) qui tiennent une place très importante dans la pratique de l'hindouisme. L'intouchabilité pour un hindou de caste est perçue comme une sanction consécutive au non respect du dharma et, par conséquent, comme une situation normale au regard de la cosmogonie hindoue et de la métempsychose. Il est probable sinon certain que le système s'est figé au cours du temps sous la pression intéressées des hautes castes. La division du travail a réservé aux Intouchables des métiers considérés comme polluants (boucherie, travail du cuir, ébouage, etc.) mais utiles à la société globale.

C'est le Mahatma Gandhi qui, l'un des premiers, a tenté une restauration sociale des Intouchables appelés par lui "*Harijans*" (fils du Ciel), condamnant ainsi ce qu'il

(20) La discrimination est particulièrement stricte pour la nourriture et l'eau. Dans les villages les intouchables n'ont pas le droit d'aller prendre l'eau dans les puits des gens de caste.

estimait une déviation de l'hindouisme. L'Inde contemporaine, avec notamment Jahawarlal Nehru (+ 1964), a maintenu cette direction au nom d'une conception moderne des droits de l'Homme. L'article 17 de la Constitution de 1949 interdit la pratique de l'intouchabilité. Les Intouchables eux-mêmes s'organisent pour mieux s'affirmer, utilisant à l'occasion la conversion au bouddhisme (21), au christianisme et éventuellement à l'Islam pour tenter d'échapper à leur condition d'infériorité permanente dans le système social hindou.

La situation des tribus arriérées (**scheduled tribes**) appelées aussi **Adivasi**, qui regroupent essentiellement des descendants de populations aborigènes non intégrées à l'hindouisme, est voisine de celle des Intouchables au plan économique et social.

* Dans l'Inde contemporaine le système des castes est toujours très vivant mais il prend des directions multiples et même inattendues. On est évidemment loin de la théorie primitive des varnas et la situation n'est pas aussi figée qu'on pourrait l'imaginer. La doctrine politique officielle prône l'éradication de la "*mentalité de caste*" (**casteism**) -discriminatoire par nature- mais n'envisage pas (ce qui serait d'ailleurs parfaitement irréaliste) la destruction du système des castes. Lequel explique peut-être largement, par le réseau de solidarité et de devoirs réciproques qu'il implique entre les groupes sociaux, la perennité et le relatif équilibre d'une civilisation à la fois très complexe mais fondamentalement homogène.

On assiste en effet à un retour très fort de l'influence des castes dans le jeu politique avec les relations partis politiques/castes. Sur le terrain économique certaines castes inférieures détiennent aujourd'hui une réelle puissance (ainsi les **Marwari** dans le commerce). Les conflits violents qui éclatent à l'occasion au plan local ou régional entre basses castes et hors castes, notamment dans l'Etat du Bihar ces dernières années, relèvent avant tout de la compétition économique. Contrairement à une analyse très répandue il y a encore dix ou vingt ans, et volontiers qualifiée aujourd'hui d'eurocécentriste, les experts écono-

(21) Ce fut le cas du Dr. Ambedkar, éminent juriste et l'un des auteurs de la Constitution de 1949, qui était un hors caste.

mistes ou soi-disant tels n'osent plus affirmer que le système des **jati** est un frein au développement.

Les comportements individuels inter-castes se modifient également selon que l'on est dans le monde urbain ou rural, dans la vie publique ou privée (22).

En définitive il faut être très prudent dans l'appréciation du système contemporain des castes en Inde. C'est manifestement un lointain héritage de la théorie des varnas mais c'est un héritage qui s'inscrit toujours, malgré les transformations en cours, dans les valeurs fondamentales de la civilisation hindoue traditionnelle. Les tentatives visant à assimiler la théorie des castes et la théorie marxiste des classes sociales ont jusqu'ici échoué parce que ces deux types d'analyse ne se confondent pas : les basses castes, voire les hors castes, ne se considèrent pas automatiquement comme des "*classes exploitées*" au sens marxiste du terme. Entre l'appartenance (religieuse) de caste et la conscience (politique) de classe il y a une marge que le(s) parti(s) communiste(s) indien(s), par exemple, n'ont pas réussi -en dépit de succès locaux (Bengale, Kerala, Andra Pradesh)- à combler. Eux-mêmes sont fortement traversés par la mentalité de caste.

B - LA THEORIE DES ASHRAMA OU DES QUATRE STADES DE L'EXISTENCE

A la différence de la théorie des varnas puis des castes, le système hindou des **ashrāma** est d'essence purement religieuse et morale. Il s'applique avant tout aux Arya (les deux fois nés), c'est-à-dire aux Brahmanes, mais il vaut également pour les deux autres varnas, Ksatriya et Vaisya. Il ne concerne apparemment pas les Sudras.

* La théorie des ashramas est l'un des grands enseignements védiques et elle est au cœur de l'hindouisme. Le mot sanskrit ashramā signifie à la fois **effort** et **degré**. Il y a là une pédagogie conforme aux âges de la vie et une morale ou ascèse individuelle. Pour un Brahman le dharma impose cette conduite.

(22) A l'heure actuelle les rapports professionnels entre gens de caste et hors-caste, lesquels ont fréquemment des responsabilités de haut niveau, se déroulent normalement en milieu urbain. Mais les différences de statut social réapparaissent quasi automatiquement dans les rapports privés.

Ces quatre stades de l'existence sont les suivants :

- Le stade de l'Etudiant (**brahmaçarin**) ; c'est l'apprentissage de la vie sous la conduite d'un gourou avec le stage d'initiation qui sera pour lui une seconde naissance (d'où l'expression de **dveja**, deux fois né) matérialisée par l'attribution du triple cordon sacré. Les Védas donnaient à cette phase d'initiation une importance fondamentale et une fort longue durée (23).

- Le stade de l'Homme au foyer (**grihashta**), c'est-à-dire celui du mariage en vue de perpétuer la race. Période essentielle dans la société hindoue traditionnelle à une époque où le souci de procréation était primordial.

- Le stade de l'Ermite ou anachorète (**vanaprashta**), qui vient "avec les rides et les cheveux blancs". L'homme avec ou sans son épouse, au gré de celle-ci, doit se consacrer à la méditation et à l'étude ; en bref c'est l'apprentissage de l'austérité.

- Le stade enfin du Renonçant (**sanyasia**) caractérisé par la solitude absolue et le silence, l'indifférence au monde, la vie d'aumônes et le déplacement permanent, l'entraînement au renoncement afin d'atteindre le Détachement parfait en attendant la Mort : accumulation de mérites en vue de la Transmigration.

* Cette théorie des **ashrāma**, ici très sommairement exposée, est conçue comme l'idéal de vie pour un Brahman et l'incite en permanence à tendre au Renoncement. Dans la pratique il revient à chacun de faire ce qu'il peut en ce sens, compte-tenu de sa situation. Il s'agit beaucoup plus d'un devoir moral que d'une obligation juridique. Pour le Brahman convaincu le dharma lui impose, au plus, une obligation de moyen.

La pratique de l'ascétisme a, certes, connu des périodes plus ou moins fastes dans l'histoire de l'Inde. Mais les **sanyasi** (renonçants) n'ont pas disparu tant s'en faut. Les plus visibles ne sont peut-être pas les plus sincères. Ainsi en est-il aujourd'hui des très nombreux **sadhus**,

(23) L'initiation du jeune Brahman commençait à l'âge de huit ans et devait durer au minimum douze ans pour chacun des quatre védas. Ce qui faisait en théorie une durée de 48 ans pour le stade de brahmaçarin...

ces "moines" mendiants dont on ne sait jamais s'ils sont de vrais renonçants ... ou de vrais et habiles mendiants. Cela étant on trouvera dans tout village indien ou quartier urbain contemporain des **sanyasi**, accomplissant modestement sans toujours bien connaître les enseignements védiques, ce parcours de la vie.

La mort en 1982 de **Vinoba Bhave** (passée totalement inaperçue dans les media occidentaux) est à ce titre exemplaire. Compagnon de Gandhi, vivant dans la plus grande austérité, infatigable promoteur de la révolution agraire en Inde par des voies proprement hindoues (24), Vinoba Bhave, lié à aucun parti mais considéré par tous les leaders politiques de l'Inde contemporaine comme l'**Acharya** (le Sage par excellence), est mort à Paunar, village d'Inde du nord, à l'âge de 87 ans à la suite d'une crise cardiaque. En sanyasi convaincu il avait refusé de se faire soigner malgré la déférente pression du Premier Ministre Indira Gandhi venue spécialement de New-Delhi à cet effet. Pour Vinoba Bhave l'heure du détachement était arrivée ; il ne fallait pas tenter d'opposer temporairement les techniques retardatrices de la médecine moderne au rythme naturel et religieux de la Roue de la Vie.

* Bien que distincte de la théorie des quatre varnas la théorie des quatre ashramas forme avec celle-ci un ensemble, une série unique dans la voie du Salut, de la Délivrance. On retrouve ici toute une symbolique des chiffres et les combinaisons numériques dont l'astrologie hindoue traditionnelle offre de nombreux exemples.

La combinaison des varnas et des ashramas, éléments centraux de l'hindouisme, donne en définitive "*une échelle à huit marches*" (R. Lingat) pour l'obtention du Salut. Elle se présente idéalement et dans un ordre ascendant de la façon suivante :

(24) En particulier par ce que Vinoba Bhave appelait le **gramdan**, c'est-à-dire le don volontaire de terres par les grands propriétaires aux ouvriers agricoles. La formule a connu un certain succès dans quelques régions de l'Inde.

4. Brahmins → { - sanyasin (renonçant)
- vanaprashta (ermite)
- grihashta (homme au foyer)
- brahmaçarin (étudiant)
3. Ksatrya
2. Vaysia
1. Sudra
- * (Hors-castes)

Il y a là, quels que soient les jugements que l'on puisse porter, un type d'organisation sociale très solidement structuré dont la religion est le ciment. La notion de devoir l'emporte sur celle de droit individuel, même si la législation moderne valorise celui-ci. Aussi longtemps que l'hindouisme, malgré ses avatars contemporains, restera fondamentalement fidèle aux concepts originels, la civilisation indienne maintiendra sa spécificité et sa richesse. On ne saurait sérieusement l'appréhender en termes exclusivement juridiques et économiques sauf à imaginer des scénarios "occidentalisés" rapidement démentis par les faits (25).

C - LE STATUT DE LA FEMME

La condition de la femme dans la société est l'élément révélateur d'une civilisation. Qu'en est-il de ce point de vue de la société traditionnelle hindoue ? Ainsi posée la question est beaucoup trop vaste pour qu'on puisse y apporter une réponse exacte, d'autant que la précision de l'information pour certaines périodes est aléatoire. Sous le bénéfice de cette remarque, et en se référant aux sources les mieux établies à ce jour (26), on peut noter quelques traits caractéristiques qui sont révélateurs de la diversité des situations mais aussi d'une fondamentale homogénéité de la condition féminine. Ici encore le concept de dharma appliqué à la femme -célibataire, épouse, mère, veuve- donne la clef de l'explication.

(25) A cet égard de nombreuses études d'occidentaux, pourtant très fouillées, ne réussissent pas à appréhender la réalité indienne. Par exemple le best-seller de Tibor Mende paru en 1951, L'Inde devant l'orage, annonçant les pires catastrophes pour le nouvel Etat.

(26) Cf. Jeannine Auboyer, La Femme en Inde des origines au 19^e siècle in Histoire Mondiale de la Femme, direction Pierre Grimal (3 vol.), Paris 1967, p. 215-336.

* La condition de la femme en Inde a évolué dans le temps. Constat d'évidence quand on se rappelle la durée de l'Histoire et les nombreuses rencontres/interprétations de civilisation dans cette partie du monde. On estime généralement que la femme était plus libre à l'époque védique qu'elle ne le fut par la suite. Pourtant dans les grandes épopées elle tient une place éminente, associant toutes les vertus, alors que le Code de Manu lui confère un statut inférieur à celui de l'homme. Nouvelle promotion à "*l'époque classique*" des empereurs Guptas où la femme devient héroïne de romans. Nouveau recul ou effacement sous l'influence de la civilisation musulmane. Son cantonnement dans le rôle de la "*femme au foyer*" -avec le pouvoir que cela lui confère dans l'ordre familial- se poursuit jusqu'à l'époque moderne. Il est progressivement remis en cause dans les générations les plus récentes.

Mais on ne saurait tirer de conséquences précises à la lumière de ce très sommaire panorama. La place de la femme à travers l'expression littéraire et artistique ne reflète probablement pas sa condition juridique effective, même si à certaines époques il y a eu des variations de statut.

On notera toutefois que l'Inde hindoue a toujours connu de nombreuses femmes célèbres, tant chez les reines et guerrières que chez les marginaux sociaux et les bandits de grand chemin (dacoits). Le rôle public de premier plan exercé aujourd'hui par Indira Gandhi, à l'échelle d'un Etat-continent, s'inscrit ainsi dans la continuité et non pas comme une exception.

* Plus important est le fait que le statut de la femme varie surtout selon l'appartenance de caste. L'Inde ancienne (Manu et autres juristes) multiplie les classifications, les régimes juridiques et les sanctions pénales en cas de crime ou délit commis par une femme ou contre une femme. Ainsi en matière d'adultère, de viol ou d'homosexualité le "*tarif*" applicable diffère largement selon la caste et l'état civil de l'auteur ou de la victime (27).

(27) Manu assimile à l'adultère l'homosexualité féminine. Dans le cas où les rapports concernent des jeunes filles celle qui a pris l'initiative est punie d'une amende (au profit du père de la victime) et de dix coups de fouet. Si la coupable est une femme mariée, la sanction est infiniment plus sévère : tête rasée, doigts coupés, elle est promenée en place publique sur un âne, symbole de la lubricité. C'est la même sanction qui est prévue pour la femme brahmane infidèle. Cf. J. Auboyer, op. cit., p. 253.

Pour avoir une idée précise de cette situation il faudrait analyser chapitre par chapitre le système du droit privé hindou. Il y a par exemple diverses formes de mariage : l'achat de l'épouse, permis aux varnas inférieurs, est interdit aux varnas supérieurs ; le rapt n'est légalement reconnu que chez les Ksatrya, etc. Le régime des biens et de la succession est tout aussi multiforme, les enfants héritiers (garçons et filles) n'ayant pas droit aux mêmes parts selon la caste. Le statut de la veuve, l'un des points cruciaux du Hindu Law, est tantôt d'une extrême rigueur (cas de la veuve-enfant), tantôt susceptible d'assouplissement relatif dans la mesure où la loi autorise sous certaines conditions le remariage (28).

Les rapports commerciaux (contrats, etc.) sont également marqués par la différence de castes.

* Evoquons enfin la coutume (?) de la **sati**, proprement barbare aux yeux d'un occidental, qui, associée au culte de la "vache sacrée" (29), a trop souvent servi d'arguments à l'extérieur pour caricaturer et condamner la civilisation hindoue.

La **sati**, c'est au sens propre la veuve vertueuse qui se précipite sur le bûcher du mari défunt et l'accompagne ainsi volontairement dans la mort. Ce suicide par le feu a pris ensuite le nom de **sati**. L'origine en est vraisemblablement védique. Les premières preuves historiques de cette coutume remontent à 510 avant J.C., des stèles de l'époque commémorant ce sacrifice. On n'en connaît pas l'ampleur statistique mais l'on sait que cette pratique s'est répandue surtout chez les Ksatrya à partir du Moyen-Age.

Si l'on se réfère aux textes des différents Dharma-sūtras on relève des appréciations tout à fait opposées quant à la conformité de la **sati** au canon de l'hindouisme.

(28) Ainsi le niyoga ou mariage par assignation, condamné par Manu mais admis par d'autres légistes hindous, autorise la veuve sans enfant à se remarier avec le plus proche parent, en général le frère de son époux décédé. Les enfants issus de ce remariage sont considérés pour la succession comme des enfants du premier lit.

(29) La vache, symbole de la fertilité, représente dans la mythologie hindoue la mère nourricière. Elle n'est pas sacrée au sens chrétien du terme mais honorée ou plutôt considérée comme une source de vie qu'on ne détruit pas. Les occidentaux ont beaucoup brodé sur ce thème en termes de rentabilité économique.

Certains auteurs la prônent au nom du dharma, d'autres la condamnent absolument, d'autres enfin l'admettent avec réserve. C'est dire sur ce plan précis l'importance prise par la coutume par rapport à la règle officielle.

Réservée de toute façon aux castes supérieures la sati était un acte volontaire de la veuve à partir de sa conception du "devoir". Mais il semble bien que le fanatisme de certains clans ait fréquemment contraint la veuve -avec le support d'excitants- à se jeter dans le brasier. A l'occasion on l'y poussait...

Ces déviations ont d'ailleurs posé le problème au colonisateur anglais dès la fin du 18^e siècle. Après de longues hésitations, et consultations de pandits versés dans les écritures, le gouvernement britannique se décidait, par souci de civilisation mais dans le respect de l'hindouisme, à interdire définitivement la sati en 1829. Les derniers cas officiellement recensés remontent effectivement au 19^e siècle. Mais dans la décennie 1950-1960 la presse indienne a encore fait état de quelques suicides de veuve dans des villages isolés, sans que l'on ait pu savoir avec certitude si la veuve vertueuse n'avait pas été "aidée" par sa famille ou son clan à procéder à cette immolation.

Il reste qu'aujourd'hui la coutume de la sati a vécu, le législateur indien n'ayant jamais remis en cause son interdiction.

*

* *

En guise de conclusion sur un thème aussi vaste nous ferons deux remarques.

* Le système traditionnel hindou, d'origine védique et d'essence brahmannique, a considérablement évolué. Mais l'on aurait tort de croire à sa disparition pure et simple sous l'influence d'un droit indien, privé et public, largement laïcisé et modernisé.

Le concept de dharma et autres croyances (transmigration, etc.) inspirent toujours les comportements individuels et collectifs, notamment dans la vie quotidienne familiale. Le moindre respect des rites traditionnels dans la jeune génération annonce peut-être une nouvelle étape

dans la façon de vivre l'hindouisme mais pas sa disparition. C'est sans doute la chance de l'Inde contemporaine, traversée de divisions sérieuses au plan politique et économique, mais réunie par ce fond commun de civilisation. L'Inde profonde, selon l'expression consacrée, celle des 700.000 villages, vit toujours intensément l'hindouisme ; et la frange très étroite des Indiens totalement occidentalisés ou américanisés n'est pas représentative, encore qu'une bonne fraction d'entre eux soient intimement ou inconsciemment fidèles aux valeurs de leur civilisation. Pour l'Inde la sèche opposition Tradition/Modernité n'a guère de sens. Elle vit intensément aujourd'hui ces deux aspects tout ensemble.

Le système hindou de civilisation, à travers ses propres avatars et ses branches divergentes (Bouddhisme, Jainisme, voire Sikkhisme) a imprégné de multiples façons l'Asie du Sud-Est. L'expansion du Bouddhisme hors de l'Inde où il est aujourd'hui très minoritaire a suscité indirectement et par des voies variées -Grand Véhicule et Petit Véhicule- des croyances et des modes de comportement qui participent d'une même "imprégnation". Il y a, certes, actuellement des différences réelles entre l'hindouisme et le bouddhisme tel qu'il est pratiqué au Sri Lanka (Ceylan), en Birmanie, au Tibet (Chine), en Thaïlande et dans les Etats de l'ex-Indochine (Vietnam, Laos, Cambodge) officiellement socialistes-marxistes. Par-delà les variations de l'idéologie des systèmes politiques, et par-delà les rivalités diplomatiques, c'est peu ou prou une même conception fondamentale de l'Univers, de la Roue de la Vie, du Dharma qui s'y retrouve en niveau individuel et collectif. Et cela concerne un quart de l'humanité.

* En définitive on retiendra l'étonnante **permanence** dans la diversité du modèle hindou de société (30) et, malgré les apparences -voire des déviations choquantes pour un occidental rationaliste (le système hiérarchisé des castes)- un réel **idéal de Tolérance** dans la mesure où l'hindouisme accepte et même recommande, en fonction du statut temporel et des disponibilités de chaque individu, la diversité des voies d'accès à la Connaissance et au Salut.

(30) Cf. Guy Deleury, Le modèle Indou (Essai sur les structures de la civilisation de l'Inde d'hier et d'aujourd'hui), Paris, Hachette 1978.

Le divorce entre la théorie et la pratique apparaît fréquemment très grand, et c'est à juste titre que l'Inde -qui aime se réclamer des vertus de sa civilisation- est souvent critiquée. On ne s'en prive d'ailleurs pas à l'étranger en contestant sa prétention à se proclamer "*la plus grande démocratie du monde*".

Il n'empêche que le pluralisme y est réel et que, en dépit des violences et crises auxquelles l'Inde contemporaine est confrontée, la tolérance -cette vertu propre à l'hindouisme et à la notion de dharma- demeure un trait fondamental de la société indienne. Ses meilleurs représentants se font écho dans le temps.

Au 3^e siècle avant J.C. le célèbre empereur **Asoka**, converti au bouddhisme, faisait inscrire sur une stèle taillée dans le roc ces préceptes très écologiques : "*Le Roi s'abstient de la destruction de tout être vivant... Le Roi honore toutes les dénominations religieuses. Que nul ne glorifie sa propre religion ou ne rabaisse celle des autres. En agissant ainsi il fera aimer sa religion et celle des autres*". Vingt-deux siècles plus tard, la même préoccupation universaliste anime le Mahatma Gandhi (assassiné en 1948) lorsqu'il écrit : "*Celui qui va au coeur de sa religion va par là même au coeur de toutes les religions*".

Un code de conduite, comme on dirait volontiers aujourd'hui, qui relève de prime abord davantage de la Morale et de la Religion que du Droit, mais qui entend aussi bien intégrer ces trois notions dans le corpus hindou sous le signe du Devoir.

LES FRONTIÈRES DU DROIT ET DE LA MORALE (1)

Par Philippe JESTAZ

Professeur à l'Université de Paris XII

L'étude des rapports entre la morale et le droit mériterait sans doute plus qu'une courte conférence. Le principal intérêt de celle-ci sera raisonnablement d'apporter un peu de clarté simpliste sur le sujet. Au départ, d'éminents philosophes -THOMASIIUS, KANT, BENTHAM- paraissent avoir réglé la question dans le sens d'une assez nette séparation. Mais depuis lors, les juristes -et en France tout le monde songe à RIPERT- ont prétendu redistribuer les cartes, toutefois sans attaquer de front le dogme KANTIEN. De sorte, qu'à l'heure actuelle, deux images contradictoires se superposent dans nos esprits. Aussi serait-il grand temps de revenir à des bases solides, et au passage de détruire quelques idées reçues. Revenons à KANT pour commencer et proférons, à titre de rappel, ce qui, depuis son apport, fait figure de banalité. Et à tout faire, ne craignons pas de paraître scolaire.

La morale peut se définir comme l'art de diriger les comportements humains du point de vue de la conscience individuelle et sans souci de l'organisation sociale. Elle est donc un idéal, voire un impossible idéal en ce sens que son application généralisée et jusqu'au boutiste conduirait peut-être à des impasses au plan pratique (2), impasses dont elle se désintéresse **a priori**.

(1) Le texte est celui d'une conférence prononcée le 24 janvier 1983 au Centre de Philosophie du droit de la Faculté d'Aix-en-Provence. Toutefois les pertinentes observations présentées par un sympathique auditoire ont amené l'auteur à le remanier par endroits. Grâce soient également rendues à J.L. AUBERT pour ses précieuses suggestions !

(2) Par exemple à une possible destruction du moteur économique.

Dans ses grandes lignes, le droit se distingue trait pour trait de la morale. D'une part, il a moins pour but de diriger les comportements que de déterminer ce qui revient à chacun en tranchant des oppositions d'intérêts. D'autre part, le droit procède à cette tâche dans la vue de l'organisation sociale et sans trop se soucier de la conscience individuelle. En principe un législateur ne s'occupe pas de diriger les consciences ; tout au plus s'efforce-t-il de ne pas les choquer, mais une fois cette précaution prise il oeuvre surtout dans le domaine du possible, ce qui l'amène à faire une large place aux impératifs les plus contingents.

D'emblée ces deux définitions accusent la différence et presque une opposition entre le droit et la morale. Du coup elles laisseraient croire à une absence totale de frontière commune. Mais ce n'est pas si simple car j'ai volontairement oublié l'essentiel, à savoir que droit et morale se réfèrent tous deux à un système de valeurs, pas exactement le même, mais enfin à des valeurs assez voisines. Pour ARISTOTE, les deux disciplines puisent aux sources de la justice et si ce philosophe voit dans le droit un art de la **chose** juste (du juste partage), la morale lui apparaît -nuance de taille- comme l'art de la **conduite** juste. Cette terminologie montre bien la différence, mais aussi la parenté entre les deux notions, parenté qui se révèle encore à ceci que l'homme juste selon ARISTOTE, c'est-à-dire l'homme moralement irréprochable, ne prend pas plus que sa part (et, dit-il, agirait ainsi même en l'absence de contrainte juridique). Au passage on note que la morale d'ARISTOTE semble calquer ses exigences sur celles du droit. D'autres morales seront plus exigeantes : le juste selon l'Evangile prendrait plutôt moins que sa part. Mais laissons cela et bornons-nous à observer que, de par cette commune référence à la notion de justice, le droit et la morale, ou si l'on veut le juste idéal et le juste possible, ont pour le moins des ressemblances et peut-être des interférences.

Or, quelles interférences ? Eliminons le cas, devenu très rare dans des systèmes juridiques comme le nôtre, d'une pure règle morale qui vient égarer le droit. Ainsi l'article 371 du code civil : "*L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère*". Il s'agit là en quelque sorte d'un aérolithe : ce texte, qui n'a jamais

donné lieu à aucune application juridique, s'explique peut-être par une dévotion typiquement corse à l'égard des ascendants (3)... Ce genre d'anomalie mis à part, on peut hésiter entre plusieurs manières d'envisager le domaine respectif des deux disciplines.

Première position extrême : le droit et la morale n'auraient aucun rapport l'un avec l'autre, donc aucune frontière commune. Cela n'a pas un atome de vraisemblance car le droit a un peu besoin que la morale le soutienne, et, en tout cas, risque d'échouer s'il la prend à rebrousse-poil (4).

Extrême inverse : le droit et la morale auraient carrément un secteur en commun, un secteur où ils se confronteraient. Cela s'est vu dans certaines sociétés, mais je prétends qu'il n'en va plus ainsi dans la nôtre, ni d'ailleurs en raison pure.

Position moyenne : il y aurait entre les deux soit des frontières communes, soit une sorte d'Etat-tampon. C'est ce que je voudrais montrer, mais il faudra vraiment argumenter car beaucoup croient encore à la théorie du secteur commun et voient une identité là où il n'y a bien souvent que ressemblance ou bon voisinage. A cet égard, il faut tout de suite dissiper quelques confusions nées de ce qu'on pourrait appeler l'impérialisme de la morale. Car la morale a un esprit de conquête : on ne saurait donc aborder lucidement le sujet sans avoir pris conscience de ses débordements (au sens fluvial du terme), ni surtout sans l'avoir remise à sa vraie place.

La morale, comme la politique ou la religion, tend à développer la totalité du monde. L'homme très religieux voit partout le doigt de Dieu. Les fervents de la politique vont jusqu'à politiser la science, l'art et le sport. De même les moralistes moralisent tout et notamment le droit qui constitue leur zone d'invasion favorite : le

(3) Autre manifestation de ce sentiment : le refus d'admettre que la crainte révérencielle envers les parents puisse vicier le consentement au contrat (art. 1114, C. Civ.).

(4) Le droit peut distribuer des primes à la moralité encore que ce ne soit pas son office. Mais en principe, il ne doit pas donner de prime à l'immoralité !

droit est au moralisme ce qu'était l'Italie pour les souverains français de la Renaissance... RIPERT, qui était aussi imbu de morale que grand juriste -et ce n'est pas peu dire- a tenté d'incarner cette opération de fusion-absorption : à chaque ligne de son célèbre ouvrage (5) affleure ce postulat que le droit serait une annexe de la morale. Le droit, dit-il en substance, c'est ce qui reste quand on a élagué l'arbre merveilleusement fleuri de la morale, c'est-à-dire un bon bâton. Mais par bonheur il advient que ce bâton fleurisse à nouveau...

Non seulement la morale fait preuve d'expansionnisme, mais le radical même du mot qui le désigne va servir à étiqueter des réalités totalement étrangères à l'ordre moral. On dit couramment que tel champion cycliste est en bonne ou mauvaise condition **morale** ; le Topaze de Marcel PAGNOL a **moralemment** les palmes, etc... (6). De même dans le langage juridique : ainsi la personne **morale** porte abusivement cet adjectif. L'expression, dirait-on, ne trompe personne. Il est vrai, mais dans d'autre cas la présence du mot fait croire inexactement à l'existence de la chose. En ce sens on verra que la prétendue **moralisation** du contrat n'a souvent rien à voir avec la morale proprement dite.

Enfin une source de confusion tient encore à la psychologie particulière des juristes. Nombre d'entre eux éprouvent comme une panique à l'idée que le droit pourrait être a-moral car ils ont le sentiment que sur cette pente leur métier deviendrait très vite im-moral. Ce désir d'auto-justification, ce besoin de rattachement à des fondements moraux s'explique peut-être par toutes les fables méchantes que l'on raconte sur la justice (les acteurs et actrices l'éprouvent aussi, sur le compte de qui on a toujours fulminé, jadis en chaire, aujourd'hui dans la presse à scandale). En tout cas, le fait est là.

Pour démêler tous les fils du sujet, j'ai essayé de rejeter ces préjugés et d'appeler à moi les ressources de l'esprit scientifique. Ce faisant, j'ai cru discerner

(5) RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., 1949. Dans le même sens, JOSSERAND (De l'esprit des droits et de leur relativité, 1927, sp. n^o 254) envisage le droit comme la morale en action.

(6) L'expansionnisme est ici purement sémantique, mais révélateur tout de même.

que droit et morale ont des domaines distincts (I), mais aussi des points de contact (II).

I - DES DOMAINES DISTINCTS

L'histoire enseigne que les sociétés primitives mélangent le droit, la morale, la religion, l'hygiène, etc... Mais chacun convient que dans les sociétés plus développées (industrielles en particulier), le droit et la morale, pour s'en tenir à ces deux articles, tendent à prendre leurs distances. Or, jusqu'où va cette séparation ? Cela varie selon des systèmes, mais enfin il semble que dans un pays comme le nôtre ce processus de **laïcisation** soit à peu près achevé. Toutefois il subsiste -en France comme ailleurs- un *no man's land* ou un hybride qui fait partie de ce qu'on appelle plus généralement les moeurs. Et l'on constate, bien entendu, une certaine osmose entre le droit et les moeurs ; de même entre les moeurs et la morale. Réflexion faite, c'est cette osmose qui a laissé croire que morale et droit avaient un secteur en commun.

Etudions successivement la séparation de ces deux disciplines (A) et le rôle intermédiaire joué par les moeurs (B).

A - LA SEPARATION DU DROIT ET DE LA MORALE

Pourquoi le droit se sépare-t-il de la morale ? Cessons de parler comme si le droit était une personne agissant par elle-même et demandons-nous pourquoi ceux qui font le droit, légistes et juges, ont-ils de plus en plus tendance à l'établir sur des bases spécifiques. Réponse probable : parce que le droit remplit mieux son office si l'on ne confond pas les genres ; parce qu'il est souhaitable que droit et morale fassent bon ménage, ce résultat s'obtient mieux encore en ne les faisant pas cohabiter. Pour ne prendre qu'un exemple il va de soi que les recherches d'intention, chères à la morale, ont moins d'utilité au regard du droit et même risquent de faire déraiper celui-ci en le frappant d'incertitude et d'insécurité.

Quoi qu'il en soit, on peut tenir cette séparation pour un fait acquis, mais mieux vaut le démontrer puisque certains, qui ne conçoivent le droit qu'encapuchonné de

morale, le contestent encore. pour mieux défendre ma thèse, j'attaquerai la leur qui repose sur le double postulat de l'universalité (1°) et de l'antériorité (2°) de la morale.

1° - Prétendue universalité de la morale :

Ce dogme servait de fondement à la célèbre théorie dite des deux cercles concentriques. D'après cette thèse, toute règle de droit serait en même temps règle morale, mais sans qu'il y ait lieu d'admettre la réciproque, - d'où l'idée de représenter la plus vaste des deux notions (la morale donc) par le grand cercle.

Le tout procédait d'une double erreur. De ce que la règle de droit présente un caractère normatif, on déduisait un prétendu caractère déontique. Puis, dans une deuxième étape du raisonnement, on identifiait l'impératif déontique à l'impératif moral.

a) La confusion du normatif et du déontique :

Toute règle de droit s'exprime au moins virtuellement sous la forme d'un ordre donné au juge qui aura mission de l'appliquer et, par delà ce juge, au justiciable lui-même. Sur cette base peu contestable, on pourrait s'amuser à réécrire le code avec le verbe "devoir" mis à la place des verbes être, avoir, pouvoir, etc...

Par exemple, au lieu de *"nul n'est tenu de rester dans l'indivision"*, on obtiendrait : *"Tout coindivisaire doit concourir au partage dès lors que l'un de ses coindivisaires le requiert"*. Et l'on finirait par donner l'impression que le droit se résume à des règles **de conduite**. Ne nous hâtons pas de sourire : c'est une définition du droit qui avait cours il n'y a pas si longtemps puisqu'on la trouve encore chez des auteurs comme COLIN et CAPITANT ! (7).

En vérité, certaines règles de droit ont un caractère déontique, celles qui imposent une prescription ou une abstention (obligation militaire, code de la route : voilà des règles de conduite dans tous les sens du terme). D'autres n'ont qu'apparemment ce caractère : celles qui vous forcent à subir une situation, en un mot celles qui répartissent

(7) Et en 1952 (!), ROUBIER reprend l'idée dans la 2^e édition de sa Théorie générale du droit (N° 6).

des droits et biens entre les différents postulants (on ne voit rien de déontique dans le droit de suite du créancier hypothécaire...). Or, elles paraissent être les plus nombreuses. De toute façon il ne suffit pas qu'une règle soit déontique pour qu'elle appartienne à l'ordre moral.

b) La confusion du déontique et du moral :

Les commandements de la loi, lorsqu'ils existent, ne se doublent pas nécessairement de commandements moraux et souvent relèvent plutôt de la police *lato sensu*. Certes la morale prescrit d'obéir aux lois (du moins aux lois justes), mais de ce qu'elle reprend ainsi le droit à son compte, il ne résulte aucune identité essentielle. Au départ il n'y a aucune obligation morale de rouler à droite (ou à gauche en Grande-Bretagne) : voilà donc une création purement juridique. Mais dès lors que le législateur a instauré cette règle, la morale m'oblige également à la respecter car sinon je mets en péril la vie de ceux qui ont tablé sur mon obéissance : le droit a ici une répercussion sur le terrain moral. Le même phénomène se produit d'ailleurs à propos de règles non déontiques comme le droit de suite dont on a déjà dit qu'il n'a rien à voir avec la morale : en effet nul ne doute que, du jour où la loi accorde ce droit, la morale interdise désormais de vendre l'immeuble sans révéler l'existence de l'hypothèque.

D'une façon générale toute règle juridique ou **d'ailleurs technique** peut avoir une ombre portée sur le plan moral. L'essence explose au feu (loi scientifique) : par voie de conséquence, la morale prescrira de ne pas fumer près du pompiste en action. Pour autant on ne dira pas que la pétrochimie fait partie d'un univers plus vaste qui est l'univers moral, etc...

Il est vrai que, de nos jours, nul ne soutient plus la théorie des cercles concentriques. Toutefois, elle a eu ses adeptes, non pas même à l'époque de Saint-Louis, mais sous le Président FALLIERES et je crois que d'aucuns l'enseignaient encore sous Gaston DOUMERGUE ! Cette persistance montre la force du préjugé moralisateur. Les juristes ont sans doute cru s'en libérer en inventant la théorie des deux cercles sécants : le droit et la morale, **a priori** distincts, auraient tout de même un secteur com-

mun. Il y a là un progrès en ce que la thèse jette aux orties la prétendue universalité de la morale, mais elle repose encore sur un dogme contestable : l'antériorité de la morale.

2° - La prétendue antériorité de la morale :

Au commencement était la morale, qui engendra le droit. Tel est à peu près le postulat. Puis le droit s'est détaché de la morale et donc a pris une certaine autonomie. Reste un secteur commun, plus ou moins important selon les opinions, très vaste aux yeux des moralistes car le pouvoir spirituel se résigne mal à la perte de ses possessions temporelles.

Or, l'antériorité de la morale est une pure hypothèse que l'éthnologie, sauf erreur, n'a pu ni confirmer, ni infirmer. En vérité, elle ne tire sa force que de la tradition. Les juristes croient volontiers ou considèrent comme évident qu'à l'aube de l'histoire humaine quelques lueurs morales ont fait leur apparition (par ex. : la condamnation du meurtre), qui ont marqué la première rupture avec le pithecanthrope. Puis, **par voie de conséquence**, serait venue la répression sociale et donc juridique : seconde étape. Au vrai nous n'en savons rien. Il se peut fort bien au contraire que la sanction sociale du meurtre soit apparue la première, comme réaction primaire et primordiale contre l'acte le plus antisocial qui soit. Et que par la suite la morale soit venue à la rescousse en induisant de cette répression un jugement de valeur défavorable : simple hypothèse bien sûr, mais qui ne semble pas plus improbable que l'autre.

Ce que nous savons en revanche, car l'observation des sociétés actuelles le révèle, c'est que l'antériorité de la morale n'a rien de nécessaire. Si la morale peut préparer le terrain du droit, la réciproque se rencontre également. Encore une fois, le fait de griller le feu rouge n'a de signification morale qu'en raison d'une règle de droit préexistante. Certains diront qu'ici le droit vient seulement préciser la vieille règle morale de ne pas mettre en danger la vie d'autrui, -règle qui préexistait à l'invention des feux tricolores. Reste qu'à elle seule la morale n'invente pas de signalisation et que dans cette affaire sa prétendue antériorité paraît assez théorique.

En somme, il paraît exact, et à tout prendre banal, de dire que droit et morale peuvent influencer l'un sur l'autre, mais pourquoi voudrait-on que ce fût toujours dans le même sens ? Considérons un instant l'idée répandue que **le droit s'est détaché de la morale**. Voilà une expression caractéristique : elle évoque l'enfant qui sort du sein maternel. Pourquoi ne dit-on jamais que la morale se détache du droit ? EINSTEIN aurait estimé que les deux propositions sont également vraies puisqu'en réalité droit et morale se détachent l'un de l'autre...

Quant à l'idée qu'il subsiste un secteur commun, elle n'aurait de sens que si l'on pouvait encore observer des plages de confusion totale entre les deux ordres (et des règles dont personne ne pourrait dire qu'elles appartiennent à l'un plutôt qu'à l'autre). Or, je ne vois rien de pareil, en tout cas dans la France actuelle (8). A bien regarder je ne discerne que parallélisme et influences réciproques. En reprenant l'exemple de tout à l'heure, dirait-on que morale et pétrochimie ont un domaine commun ? Et le dirait-on de la biologie sous prétexte que le droit lui emprunte la durée légale de la grossesse ? En vérité, on a surtout soutenu la thèse à propos du droit pénal classique, et ce malgré la différence de formulation. "*Tu ne tueras pas*" proclame (à juste titre) le dialogue. Plus terre à terre et moins ambitieux, le code pénal indique le tarif en distinguant selon les cas (volonté délibérée ou non, préméditation ou pas). Cette objection n'a pas découragé les défenseurs d'une morale que d'ailleurs personne n'attaque : l'indication de tarif, rétorquent-ils, vaut interdiction implicite de tuer. Sans doute ! Mais qu'ont-ils démontré par là sinon le **parallélisme** du droit et de la morale dans le cas considéré ?

Il y a plusieurs moyens de mener la lutte contre la délinquance : par le discours et au nom du bien absolu ; par les actes et au nom de l'ordre social. Les deux se complètent et même se soutiennent mutuellement. Mais qu'on ne parle pas de secteur commun alors que les autorités morales et les autres n'interviennent pas sur le même plan ! Elles diffèrent d'ailleurs au point que c'est presque

(8) La circonstance que le droit prend à son compte un devoir moral (autre ex. : l'obligation de porter secours à autrui) n'a pas pour conséquence que la règle morale deviendrait du droit ou inversement. Pas plus que la ratification d'une convention internationale ne transforme celle-ci en droit interne ; ou du moins personne ne le soutient plus.

par jeu de mots qu'on désigne les deux par ce terme d' "autorités". La patrouille scout en quête de bonne action et le gendarme qui patrouille pour éviter les mauvaises s'entr'aperçoivent, sans plus : leurs routes ne se croisent pas. Cela démontre la niaiserie tant des cercles sécants que des cercles concentriques : c'est raisonner en termes de géométrie plane alors qu'il s'agit de géométrie dans l'espace. Le droit et la morale oeuvrent sur des plans distincts, mais qui, pour des raisons évidentes, marquent un certain parallélisme.

Voudra-t-on me faire concéder que le plan moral serait plus élevé parce que plus exigeant ? Mais cette proposition se renverse et l'on peut tout aussi bien plaider la supériorité du droit fondée sur sa plus grande efficacité. Ainsi, toujours dans le droit fil d'EINSTEIN, ne nous demandons pas quel plan domine l'autre : c'est affaire de point de vue. Mais regardons de plus près le rôle intermédiaire, le rôle d'escalier que jouent les moeurs.

B - LE ROLE INTERMEDIAIRE JOUE PAR LES MOEURS

Sous ce terme nous désignons ce que les sociologues appellent les **mores**, c'est-à-dire un code de conduite non écrit, d'ailleurs évolutif, généralement admis au sein d'une société donnée, mais qui ne reçoit pas de sanction socialement organisée, -car sinon il s'agirait de droit pur et simple. En vérité, les moeurs font tout de même l'objet d'une sanction sociale, mais diffuse, à base de pression, de réprobation, etc... : par là elles ressemblent au droit ou constituent peut-être un sous-droit (du point de vue de l'efficacité). Mais en tant que code de conduite, les moeurs empruntent directement à la morale ou plus précisément traduisent en préceptes un peu triviaux, voire un peu hypocrites aussi, les règles de morale individuelle qui sont les plus communément admises dans le groupe social. A cet égard, il s'agit d'une sous-morale (du point de vue de l'élévation). En tout cas les moeurs représentent le moment décisif où l'on passe de l'individuel (morale pure) au social.

Soit par exemple la règle que le séducteur doit **réparer**, en d'autres termes épouser la fille, surtout enceinte de ses oeuvres. Règle de moeurs typique et qui n'a pas de sanction juridique : en droit français tout au moins

la liberté du mariage reste entière. En fait nombreux sont ceux qui ont épousé faute d'avoir osé braver l'opinion. Et surtout la règle a pu influencer de façon indirecte sur l'évolution du droit positif en ce qu'elle incite à sanctionner la rupture des fiançailles, à autoriser plus largement la recherche de paternité naturelle, à valider les promesses d'entretien, etc... Ainsi cette règle de moeurs, évidemment tirée de la morale, finit par sécréter du droit. D'où l'hypothèse que le droit emprunte à la morale par le canal des moeurs, ce qui paraît tout de même plus scientifique que la théorie du secteur commun figuré par des cercles sécants.

A l'intérieur des moeurs, on peut schématiquement discerner des sous-catégories qui jouent ce rôle de relais : la "*tradition républicaine*" ou code des moeurs politiques ; la moralité publique entendue comme code des relations sexuelles et familiales ; ou bien encore -on va s'y attarder un peu- la prétendue **morale** des affaires (en réalité code des bonnes moeurs commerciales).

C'est un code un peu particulier, comparable au règlement de la boxe en ce qu'il permet certains coups et en interdit d'autres. Il ne s'agit donc pas d'un pur code moral car la morale réproouve tous les coups, mais d'une transplantation partielle de la morale dans un monde réputé dur. En pratique ce code de moeurs pousse à exécuter d'importants engagements verbaux malgré l'impossibilité d'en rapporter la preuve juridique ou bien à accepter l'annulation d'une commande (pourvu qu'elle intervienne dans le respect des usages) au lieu de se barricader derrière l'article 1134 C. Civ., etc... Il a donc une efficacité semi-coutumière. Et parfois le droit s'en inspire officiellement lorsque par exemple il renvoie aux usages du commerce. Au total, la morale des affaires sert d'intermédiaire entre la pure morale et le droit.

Si l'on y réfléchit, cette zone indécise n'existe pas seulement dans le secteur, d'ailleurs difficile à cerner, des "*affaires*". On la retrouve en effet, avec des variantes, dans le domaine plus général des obligations civiles et c'est tout simplement le phénomène que RIPERT a baptisé du nom de **règle morale**. Dans les différents cas qu'il a répertoriés, RIPERT a vu un emprunt direct du droit à la morale. Pour ma part, j'y verrais plutôt un emprunt

indirect car en général la prétendue règle morale n'est pas plus d'essence morale que la morale des affaires : dans les deux cas nous nous trouvons en présence d'un échelon intermédiaire.

Prenons un premier exemple : RIPERT consacre d'importants développements à ce qu'il appelle, en reprenant d'ailleurs une terminologie traditionnelle, la cause immorale. Mais tous ceux qui, juges et professeurs, emploient cette expression, sautent consciemment ou non une étape du processus juridique. En effet, l'article 1133 C. Civ. dispose que la cause est illicite "*quand elle est contraire aux bonnes mœurs*" : ce texte, fort exactement rédigé, ne renvoie donc pas à la morale, mais bien aux mœurs. Et les magistrats qui en font application puisent dans les mœurs, même quand, cédant à l'envie de châtier celui qui se conduit mal, ils croient directement puiser dans la morale. C'est pour avoir attaché trop d'importance à ce réflexe psychologique (et pas assez au résultat **social**) que RIPERT a commis une probable erreur de perspective.

Autre exemple : RIPERT et bien d'autres auteurs proclament que les obligations naturelles reposent sur le devoir moral. Rien de plus contestable. En sanctionnant l'engagement du père naturel, le juge incite **de facto** les séducteurs de l'avenir à ne plus rien écrire, ce qui par conséquent interdit de penser qu'il oeuvre pour le triomphe de la morale. Simplement il applique la règle de mœurs évoquée tout à l'heure : ce faisant, il châtie un brave bougre semi-repentant et privilégie les cyniques... (9). En somme il ne fait que du droit et dans l'intérêt de l'enfant.

De même encore les auteurs parlent de moralisation là où il n'y a le plus souvent qu'assainissement : interdire certains contrats ou l'exercice de certaines professions à des faillis ou à d'anciens condamnés ne relève absolument pas de la morale (qui commanderait plutôt l'indulgence), mais de la stricte efficacité. Cela dit, nous verrons que le terme de moralisation du contrat peut aussi recouvrir un emprunt plus direct à la morale.

Ces emprunts directs vont avoir lieu là où le droit et la morale se touchent. On a vu que dans bon

(9) Cette solution, jurisprudentielle à l'origine, est devenue légale (V. l'art. 342-3, al. 1, C. Civ.).

nombre de cas les deux disciplines n'ont pas vraiment de frontière commune parce que les moeurs s'interposent entre elles. Mais il convient maintenant de partir en quête des frontières proprement dites.

II - DES POINTS DE CONTACT

"*La morale rôde autour du droit*" disait excellemment ROUBIER (10). Et parfois l'on passe très directement, voire sans s'en apercevoir, de l'un à l'autre. Il y a, semble-t-il, un contact immédiat lorsqu'en la forme la règle de droit donne l'impression -peut-être fausse, mais peu importe-d'avoir été traduite de la morale parce qu'elle se présente comme un précepte à la fois ambitieux et imprécis. A quoi l'on peut ajouter un critère de fond : il y aura frontière commune lorsque la règle, tout en ayant une fonction proprement juridique, s'adresse à la conscience dans les mêmes termes ou presque que le précepte moral.

C'est là une situation qui en principe se rencontre de manière épisodique (A). Toutefois certaines branches du droit, et notamment du droit public, se trouvent de par leur nature même au contact permanent de la morale (B).

A - LE DROIT AU CONTACT OCCASIONNEL DE LA MORALE

La règle de droit côtoie la règle morale lorsque le résultat juridique à atteindre passe très directement par le perfectionnement moral de l'individu. L'exemple presque d'école en est fourni par les codes de déontologie, qui d'ailleurs se présentent officiellement comme des codes de conduite. La déontologie du médecin ou de l'architecte fait sans doute partie du droit non seulement en la forme, ce qui va de soi puisqu'elle figure dans un décret, mais même au fond puisqu'elle règlemente l'exercice d'une profession. Toutefois elle voisine avec la morale en ce que les auteurs du texte s'adressent directement à la conscience du professionnel. Loin d'exiger un simple comportement externe (dont le droit se contente habituellement), ils cherchent à modeler le psychisme. D'où des déclarations de principe dont on se demande si elles sont encore susceptibles d'application juridique. Par exemple,

les architectes "*se doivent mutuellement assistance morale et conseils*" (art. 17, D du 20 mars 1980). Ou bien "*le médecin ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers le malade. Il doit respecter la dignité de celui-ci*" (art. 35, D du 28 juin 1979). Au maximum ces préceptes fourniront un argument d'appoint dans un procès en responsabilité, mais le plus souvent ils n'ont qu'une valeur morale. Ainsi non seulement droit et morale ont ici une frontière commune, mais le tracé de celle-ci manque de précision.

Plus généralement on retrouve ce problème de frontière chaque fois que le droit, à tort ou à raison, s'intéresse aux recherches d'intentions : droit pénal classique (encore qu'ici les deux plans, bien que très proches, demeurent assez distincts), droit pénitentiaire (qui, visant à l'amendement, table sur des intentions futures) et bien entendu -donnons en acte à RIPERT- certains secteurs du droit des obligations. On s'attardera quelque peu du côté de la responsabilité (1°) et de l'assurance (2°).

1° - La responsabilité :

Elle a par définition des résonances morales, mais il faut se méfier de cette impression car en droit il s'agit bien plutôt de réparation. On sait qu'à l'origine notre droit de la responsabilité empruntait beaucoup à la morale puisque construit sur la notion de faute, elle-même entendue au sens moral (voir les définitions, voisines du péché, qui fleurissaient au 19^e siècle). Mais de nos jours la faute recule et sa définition devient objective. Or, si certains le déplorent du point de vue de la morale, d'autres qui ne sont pourtant ni voyous ni débauchés y voient un progrès du droit en ce que la victime reçoit une meilleure réparation : bien meilleure en tout cas que si le législateur et les juges s'occupaient surtout d'amender les fautifs... On touche ici du doigt cette vérité incontestable que l'intrusion de la morale dans le droit risque de faire déraiper celui-ci. C'est ce que RIPERT n'arrivait guère à imaginer. Sous sa plume revient sans cesse l'idée que la règle morale "*vivifie*" le droit, qu'elle l'"*enrichit*", etc... Soit ! Mais les exemples de cas où la règle morale aurait l'effet contraire n'arrivent jamais : je suppose que RIPERT a dû les refouler dans le fond de son inconscient. Citons pourtant : l'irresponsabilité civile du dément (jusqu'en 1970), solution qui pour des

raisons de mauvaise théologie privait la victime d'une juste indemnisation ; la règle (heureusement tournée en jurisprudence) que seul le vendeur de mauvaise foi doit réparer l'entier préjudice de l'acquéreur, etc...

Quoi qu'il en soit, où sont aujourd'hui les points de contacts ? Dans la mesure où il reste fidèle à la faute, le droit de la responsabilité emprunte encore à la morale, mais souvent par le biais des moeurs puisque le critère du bon père de famille renvoie à une appréciation **sociale** des conduites. Reste que dans son principe la notion même de responsabilité juridique paraît propre à réveiller le sens moral de chacun. Pilier de notre ordre juridique, l'article 1382 C. Civ. s'élève à la lisière de l'ordre moral et c'est une double raison de lui garder son efficacité. De là d'ailleurs la crainte que l'assurance ne la lui enlève insidieusement : le débat rebondit alors sur ce nouveau terrain.

2° - L'assurance :

Elle fournit un bel exemple de ce que l'institution juridique peut avoir un caractère amoral, mais non pas immoral. Du fait qu'elle répartit la charge des sinistres sur une collectivité d'assurés au lieu de la laisser poser sur les seules personnes négligentes, l'assurance se désintéresse **a priori** du plan moral. Mais elle n'a rien d'immoral non plus. Prétendre que l'assurance-incendie incite à laisser traîner des mégots est d'ailleurs une mauvaise plaisanterie car nul, même assuré, n'envisage avec indifférence de retrouver sa maison en cendres ! Toutefois on ne peut conclure qu'en assurance-responsabilité tout au moins, la prise en charge du risque par l'assureur n'entraîne, fût-ce inconsciemment, un certain relâchement de l'assuré. Le bonus-malus, la franchise ont pour objet de lutter contre cette tendance, ce pourquoi l'on parle à leur propos de **moralisation** du risque (11). Cette fois le terme n'est pas inexact car la règle de droit a moins pour but de tracer la juste limite que de réveiller les consciences.

Plus généralement l'assurance ne peut conserver son équilibre économique qu'à la condition d'insuffler à l'assuré une "**bonne mentalité**". Il y a là comme une

(11) Encore que la franchise vise aussi (d'aucuns diront : surtout) à un abaissement des coûts.

déontologie de l'assuré, particulièrement nette au moment de déclarer le risque. Que si l'assuré tait une partie du risque, l'assureur indemnifiera tout de même la victime, mais se retournera contre son assuré pour lui faire rembourser une part du sinistre proportionnelle à l'économie de prime ainsi réalisée. Cette réduction, qui fait bizarrement écho au juste prix des canonistes, montre assez que le droit voisine ici de fort près avec la morale, -sans toutefois se confondre avec elle.

Et si l'assureur démontre la fraude de l'assuré, la sanction devient plus drastique. Voilà l'occasion d'observer que d'une façon générale la théorie de la fraude, bien que des plus juridiques puisqu'elle permet de combattre le détournement de la loi, prospère aux confins de la morale en ce qu'elle implique détection et sanction des intentions. Mais elle n'appartient pas à l'ordre moral car elle procède de cette idée que le droit doit se faire respecter au delà de la lettre et que **l'outil juridique ne doit pas venir à des fins illicites**. Ni d'ailleurs à des fins immorales, ajoutera parallèlement la morale ; toutefois, on pourrait en dire autant du pistolet sans que quiconque en tire prétexte pour ranger l'administration qui délivre les ports d'armes parmi les autorités morales de ce pays.

L'exemple de la fraude a d'ailleurs une vertu démonstrative. Dès lors que la fraude corrompt **tout**, cela signifie que par le biais de cette théorie toute institution juridique peut à un moment donné côtoyer de près l'univers moral. On se disait de le noter. Mais il y a plus : indépendamment de tout recours à la fraude ou à un correctif quelconque, certains secteurs du droit se trouvent au contact permanent de cet univers.

B - LE DROIT AU CONTACT PERMANENT DE LA MORALE

Cette situation présente un caractère en quelque sorte congénital pour des branches telles que le droit international public (1°) ou les droits de l'homme (2°).

1° - Le droit international public :

C'est le seul droit qui repose à titre principal et direct sur des fondements moraux. A défaut, dans la société internationale, d'un fonds commun analogue

à celui d'où dérive le droit interne, le droit international sort tout armé -ou désarmé- du cerveau de ses créateurs. Et ceux-ci, pour développer leur action, trouvent un premier terrain d'entente dans des axiomes de morale élémentaire : ne pas nuire à autrui, respecter sa parole... Et un premier objectif : moraliser les relations internationales, faire en sorte que les entités politiques se comportent selon les principes qui gouvernent la conscience individuelle.

Répliquera-t-on, avec un brin d'humeur, que le droit international reposerait surtout sur le troc, sur un marchandage entre Etats ? Ce serait confondre l'idéal avec ses modes -imparfaits- de réalisation. D'ailleurs tout droit, si l'on en croit J.-J. ROUSSEAU, se réalise par la vertu d'un marchandage originel (qu'il appelle contrat social). Le fait qu'ici l'accommodement tiende lieu de sanction n'empêche pas que la société internationale puise dans une certaine morale les bases idéales de sa construction.

A partir de là se développe un droit proprement dit qui prend des formes diverses : coutume, traités, principes communs aux nations civilisées... et qui, à la longue, évoque une pyramide érigée sur sa pointe car enfin ce développement n'aurait pu se produire sans **consensus** sur une morale internationale de base. Ici l'on peut dire, sans grand risque d'erreur, que le droit découle de la morale.

Les pessimistes prétendent d'ailleurs que le droit international reste largement à son premier stade et que les règles dont il se compose demeurent purement morales en ce qu'elles manquent d'efficacité pratique. C'est jouer sur les mots... En réalité la sanction n'est pas toujours consubstantielle à l'idée de droit. Ainsi le droit constitutionnel fait partie de l'ordre juridique même dans les systèmes qui ne comportent aucun contrôle de constitutionnalité. Ne refusons donc pas au droit international son essence juridique, mais prenons acte d'un voisinage avec la morale qui paraît beaucoup plus étroit que partout ailleurs.

2° - Les droits de l'homme :

"L'homme n'a pas de droits, il n'a que des devoirs" bougonnaient à peu BURKE et Joseph de MAISTRE. Convenons qu'il y a quelque paradoxe à rapprocher un code moral et une déclaration des droits ! La morale est une axiomatique du devoir, les droits de l'homme constituent une axiomatique du bonheur. Cela paraît incompatible...

Mais la proclamation d'un droit oblige autrui à le respecter et en l'occurrence cet autrui est tout bonnement l'État, à qui les auteurs de déclarations prétendent dicter ses devoirs. En dépit de la formulation, il s'agit donc de moraliser les États et le processus évoque tout à fait celui du droit international, - avec une efficacité supérieure lorsque les sains préceptes viennent s'incorporer un droit positif d'un État donné. D'ailleurs les premières déclarations des droits puisaient directement dans la morale, alors nouvelle, de l'individualisme, celle que KANT finira par mettre en formule de façon à lier indissolublement droit et devoir.

Ce processus de création ressemble donc à celui qui a présidé à la naissance du droit international. Dans les deux cas la morale est toute proche et l'on passe facilement de l'un à l'autre. Mais la confusion des genres ne dure guère : le précepte de base, dès lors qu'il reçoit une application juridique, déploie un appareil de raisonnements qui d'un coup fait prendre au droit toutes ses distances.

CONCLUSION

En résumé l'on peut sans doute dire que, dans une société pratiquant la séparation du droit et de la morale, il y a entre ces deux ordres des **coïncidences**, certes pas fortuites dès lors que l'un et l'autre empruntent à des valeurs voisines, mais coïncidences en ce qui le juriste, dans sa quête d'une organisation sociale viable, a quelques chances d'aboutir comme par hasard à des solutions moralement satisfaisantes (12). Toutefois ces

(12) Exemple : le propriétaire a droit aux fruits (règle élémentaire et presque tautologique). Le possesseur qui les a perçus à sa place doit donc a priori les restituer. Toutefois, pour des raisons de sécurité, l'on écarte la règle au profit de celui qui se croyait à l'abri d'une revendication : .../...

points de contact ne constituent pas à proprement parler un secteur commun, à moins de confondre encore la morale avec les moeurs.

Ces deux dernières notions appelleraient d'autres recherches. La catégorie des moeurs ne manque pas d'ambiguïté : elle comprend les **bonnes** moeurs et les autres, autrement dit les moeurs à l'indicatif et à l'impératif, ces dernières plus proches **a priori** du plan juridique et peut-être en passe de devenir du droit. Quant à la notion de morale, sans doute faut-il aussi la dédoubler. A en croire un auteur, il y aurait une morale juridique et une morale morale !... (13). D'emblée on pressent la justice de cette intuition, mais que signifie le concept de "*morale juridique*" ? Peut-être désigne-t-il une projection du droit sur la morale, en bref une morale **d'origine juridique**. Car enfin le droit peut aussi engendrer de la morale. Ainsi de la morale civique que les instituteurs de la III^e République -les Hussards noirs- avaient recueillie dans l'air de leur temps et distillée à partir de deux ingrédients : une dose de christianisme laïcisé (car enfin on mange du curé, mais on ne le digère pas toujours très bien) et un substratum de droit public vulgarisé (au sens noble). Sur une base d'**égalité** -notion typiquement juridique et d'ailleurs de parrainage aristoticien- et sur l'idée de participation du citoyen à l'exercice du pouvoir, une morale a fini par s'édifier parce que notamment la reconnaissance du droit de vote traîne après elle un code informulé de devoirs civiques, au premier rang desquels figure le devoir électoral.

Plus généralement il se peut que la règle de droit ait une certaine aptitude à sécréter de la morale (14).

.../... d'où la distinction entre possesseur de bonne et de mauvaise foi. Ce raisonnement purement juridique, puisqu'axé sur la notion extérieure (voire triviale) de sécurité, permet au passage de distribuer une prime à la moralité. Ce n'était pourtant en aucune façon le but visé !...

(13) A. PIEDELIEVRE, Introduction à l'étude du droit, 1981 : "Il n'y a pas une raison juridique conséquente d'une raison morale, mais une morale juridique et une morale morale" (p. 13).

(14) Un phénomène de cet ordre se produit lorsque le législateur multiplie les incriminations pénales dans un souci de pure efficacité. Le fait, pour un vendeur d'immeubles à construire, de percevoir plus de 35 % du prix de l'achèvement des fondations n'a en soi aucune coloration morale ; mais puisque c'est devenu correctionnel, la note d'infamie va désormais s'y attacher... Ce qui par parenthèse tend à prouver que le droit pénal ne peut guère se passer de morale, soit devant, soit derrière lui ! Alors que dans l'exemple du feu rouge, la loi se bornait à déclencher l'application d'une règle morale (respecter la sécurité d'autrui), ici le droit fabrique de toutes pièces une règle de morale juridique.

De la morale ou des moeurs ? La question reste en suspens. Entre les **bonnes** moeurs et la morale juridique, la différence se révélera parfois bien ténue... On peut aussi se demander si cette nouvelle morale issue du droit ou ces moeurs imprégnés de droit ne tiendraient pas à supplanter les morales traditionnelles dont certains -non sans exagération d'ailleurs- prédisent le déclin. Voilà bien des points d'interrogation ! En l'état, l'on ne peut que constater ou prôner la salutaire autonomie du droit par rapport au for intérieur et, à titre de réciprocité, la non-ingérence de la loi dans le domaine des consciences. Avant que de périr pour avoir voulu et en partie réalisé ce projet, HENRI III en avait exprimé l'idée avec autant de concision que d'esprit (V. Le journal de l'Estoile, à la date du 14 juillet 1576) : "... *Le roi et la reine, sa femme, arrivèrent à Paris revenant du pays de Normandie, d'où ils rapportèrent grande quantité de guenons, perroquets et petits chiens achetés à Dieppe. Entre ces perroquets, la plupart, sifflés par les huguenots, jargonnaient mille fadaïses et drôleries contre la messe, le Pape et cérémonies de l'Eglise romaine ; dont quelques uns s'offusquant, le dirent au roi, qui fit répondre qu'il ne se mêlait point de la conscience des perroquets.*"

ENTRE LE DROIT ET LA FORCE
Observations sur l'efficacité théorique et pratique
des droits de l'homme

par A. POLACEK (*)

Conférence du 7 février 1983.

(*) L'auteur a professé le complexe de questions entamé dans plusieurs universités européennes, et en a traité dans des essais (dernièrement dans : Studi in onore di A. Biscardi, II. Milano 1982, pp. 25 ss.).

I. 1. Cet essai ne rentre pas -à première vue- dans le cadre de l'interprétation dite dogmatique. Peut-être semblera-t-il, aussi, ne pas rentrer dans le cadre de la philosophie du droit. Toutefois, et le dogmatisme et le formalisme juridiques seront -à l'occasion- l'objet de notre observation, et la philosophie du droit sera -d'un point de vue particulier- la base de notre thèse.

Ce sont les **petites gens** qui seront, pour partie, l'objet de notre analyse. Leur délaissement et impuissance incitent à venir à leur aide. La quête de la protection judiciaire de la part de ces membres de la société fait paraître la question de la soi-disant fonction du droit sous un jour qui invite à y réfléchir.

2. Pour éviter tout malentendu, il semble utile de signaler que les mots "*formel, formalisme*" seront utilisés, dans cet essai, pour exprimer les relations qui concernent la forme, savoir les rapports liés d'une façon ne touchant que l'extérieur des phénomènes en question. Les expressions "*système, élément, fonction, structure*" -bien discutées, on le sait, par les partisans et les adversaires du soi-disant structuralisme- seront appliquées en leur sens technique, savoir :

- *système* comme "*totalité d'éléments de la même espèce qui sont réciproquement unis et qui ont certaines relations les uns par rapport aux autres*" ;

- *élément* comme "*partie élémentaire du système*" ;

- *structure* comme "*la manière dont les éléments du système sont unis l'un à l'autre*" ;

- et *fonction* (d'un système ou d'un élément), c'est la réponse à la question de savoir comment le système ou l'élément réagit aux impulsions extérieures ou produit ses propres impulsions.

Pour compléter l'image, encore quelques remarques au bord de la question du raisonnement juridique. Les paroles seules -on le sait- ne disent rien. La pratique, tout particulièrement la pratique politique, mais aussi celle d'autres branches de l'activité spirituelle, démontre que la même chose, le même phénomène peut bien souvent être et loué et réprouvé, selon la position prise. Et celle-ci dépend -comme on en fait maintes fois l'expérience-

en premier lieu de la manière d'observer et de percevoir les impulsions qu'on a reçues, :

- on perçoit les phénomènes tel qu'ils sont en réalité ;
- ou tels qu'ils nous paraissent bien qu'ils ne s'accordent pas avec la réalité ;
- ou tels qu'ils nous sont présentés par autrui ;
- ou, en définitive, tels qu'on les veut voir ou avoir.

Ces manières de percevoir jouent un rôle important, aussi, dans le domaine de la jurisprudence et de la juridiction, où la forme de perception citée en dernier lieu peut mener à de graves effets.

3. Alors, jetons d'abord un coup d'oeil rapide sur les aspects de principe du système appelé "*droit*".

Dès l'antiquité, nous pouvons suivre un phénomène particulier : la métamorphose successive de ce système. Le droit romain, respecté et apprécié jusqu'à nos jours, peut servir d'exemple classique (1). Au moment où il a cessé d'être le sujet de l'activité créative des juristes et des magistrats romains, il s'est changé en un système achevé de règles à observer. Il a perdu son rapport immédiat à la vie et est devenu, petit à petit, l'objet d'observations pour la plupart abstraites changeant plus ou moins d'une époque à l'autre, et selon l'accès des juristes aux questions discutées.

Ainsi nous trouvons-nous déjà en face d'une variété de définitions et déclarations dont quelques unes ne sont peut-être pas incapables de susciter la stupéfaction, comme par exemple celles portant le droit au piédestal d'un être souverain, indépendant qui "*tire sa valeur de sa seule existence*" ou qui "*se suffit à lui-même*" (2).

(1) Cf. POLACEK, dans *Diritto e potere della storia europea* (= *Atti...* in onore di B. Paradisi, Firenze 1982, pp. 1201 ss.)

(2) La littérature sur ce sujet est immense. Il n'est possible que de citer des exemples. On verra, p.e., C. ATIAS, dans : *Archives de Philosophie du Droit*, 27, 1982, pp. 209 ss. ; *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2, 1982, notamment pp. 219 ss. ; ou les auteurs dans : *Procès, Cahiers d'analyse politique et juridique*, 9, 1982, notamment pp. 8 ss., 66 ss., 84 ss. ; avec des renvois ultérieurs.

4. En parlant du droit romain, on avait et on a en vue, en premier lieu, le droit romain privé. Le droit privé, en général, était et est, en fait, un système de règles sur lesquelles se concentre l'intérêt élémentaire de toute personne physique aussi bien que civile. Car cette partie (= élément) du droit entier règle, avant tout, le mouvement d'affaires interhumaines dont la plupart peuvent être directement appréciées matériellement.

Dans les procédures contentieuses de ce genre, la sphère du pouvoir d'appréciation du juge est formellement assez limitée. A l'exclusion des cas où le juge -favorisant, avec intention, une des parties plaidantes- fait violence, plus ou moins apparente, au vrai sens de la loi, sa décision s'appuie littéralement sur les termes de la règle appliquée. Outre cela, il se peut -on le sait- que le juge prenne une décision erronée sans qu'il le sache ni ne le veuille.

Pourtant, dans toutes les trois éventualités, le droit comme le système de règlements fixés n'a rien perdu de son existence. En conséquence, son existence, ou l'application d'une de ses règles à l'objet du litige concret, sont-elles, en fait, l'expression de la fonction du droit ?

Si séduisante que soit la question, il faut y répondre par la négative. Notre système, le droit, n'est pas capable de réagir, en tant que tel, aux impulsions extérieures ni de produire ses propres impulsions. Par conséquent, strictement parlant, il n'a ni sa propre fonction ni sa propre efficacité. Ce n'est que l'homme qui peut l'animer et lui donner de l'efficacité. Toutefois, même dans ce cas, ce n'est pas le système qui est animé, mais seulement la norme en question.

On pourrait peut-être parler d'une fonction passive du droit. La seule existence de ses règlements mène l'homme à les observer. Cependant, cela ne va pas toujours de soi. La loi, la règle ne fonctionne pas au cas où l'intéressé ne la connaît pas ou s'il se trompe sur sa portée, ou, au contraire, s'il l'ignore ou la viole à dessein comptant sur l'absence du danger de se heurter à des ennuis.

5. S'il nous était permis d'avoir recours à une allégorie, nous pourrions comparer le système dont nous venons

de parler, à l'un des anciens dieux de Rome, Janus, représenté avec deux visages opposés. En parlant du droit, l'une de ses formes est stable, telle qu'elle se présente à l'observateur personnellement non prévenu. L'autre est celle vue par l'intéressé directement touché. L'image de ce droit-là fixé et immobile, ne cesse pas d'inviter à d'innombrables essais qui enrichissent la théorie.

Cependant, cette allégorie, si instructive qu'elle semble, est moins utile dans le cas concret où les intérêts des parties et le point de vue pris par le juge ou par le magistrat varient d'une situation à l'autre.

6. La situation est particulièrement compliquée et précaire, si nous nous trouvons dans le domaine des soi-disant **droits de l'homme**.

Comme nous l'avons indiqué brièvement, dans la sphère du droit privé, les règles qui régissent les rapports des individus entre eux, sont suffisamment claires et l'intérêt des parties peut être, le plus souvent, mesuré directement.

Les droits élémentaires de l'homme, au contraire, sont formulés, en majeure partie, d'une manière assez générale et, par conséquent, assez vague. Il s'agit ici des droits qui se meuvent sur le terrain des valeurs immatérielles. C'est pourquoi il n'est pas possible d'y appliquer des critères matériellement mesurables. Les juristes romains s'en étaient déjà aperçus (3).

II. 7. Cependant, les réflexions théoriques nous entraîneraient trop loin, car elles peuvent toujours être discutées, combattues et approuvées à la fois, à cause de leur caractère abstrait et vu les positions variables qui peuvent être prises. C'est pourquoi il sera plus utile de procéder à l'examen de notre thème sur une base concrète.

J'ai choisi parmi les cas que j'ai jusqu'ici étudiés, deux causes que je me permettrais de présenter. Je tâcherai d'en faire ressortir les règles appliquées sous les aspects du droit formel, de même que sous les aspects de sa mission sociale et morale.

(3) Paul. D. 50, 17, 106 ; Ulp. D. 40, 7, 9, 2.

Il s'agit de cas qui se sont passés dans la République Fédérale d'Allemagne. Je ne les présente naturellement pas pour faire la critique des tribunaux de l'Etat, mais pour m'en servir d'exemple, de preuve seulement. Les cas de la même espèce ou d'une espèce analogue se peuvent passer -mutatis mutandis- partout.

Nous ne sommes pas sans savoir qu'il y a des Etats dans lesquels les droits de l'homme sont évidemment violés d'une manière beaucoup plus grave, et qu'il serait impérieusement nécessaire d'employer d'autres moyens pour faire réellement valoir ces droits, aussi, dans ces régions. Néanmoins, il a été déclaré, à d'innombrables reprises, et même en hauts lieux, que toute injustice est infâme, et, aussi, que -en minimisant les phénomènes de ce genre- on protège le mal. Aussi peut-on se souvenir, dans cet ordre d'idées, des paroles célèbres de Cicéron qui avait dit : *Cum tacent*, clamant, en se taisant, ils se déclarent complices.

8. Les cas sus-mentionnés seront décrits dans toutes leurs parties caractéristiques. Seule une présentation de ce genre est capable de rendre l'affaire en question claire et facile à comprendre, tandis que l'interprétation dite dogmatique ou formelle ne se concentre que sur les aspects formels et passe sous silence ou -sit venia verbo- réprime toutes les circonstances non moins importantes, mais se mouvant dans un domaine qui exige des observations ultérieures, tout particulièrement dans celui des droits fondamentaux de l'homme.

Les acteurs des cas que nous allons analyser, n'appartiennent exactement pas à la même couche sociale.

Le premier de ces cas est -en substance- assez simple, mais, en son temps, il était très connu et fort discuté publiquement. Il s'agit de la contradiction entre le droit d'opinion (ou, plus précisément : le droit de manifestation d'opinion selon l'art. 5 de la Constitution de la République Fédérale) d'une part et la question de la dignité inhérente à la personne humaine (art. 1 § 1 *ibidem*) d'autre part (4).

(4) La Constitution Française du 3 septembre 1791 (cf. plus bas n. 16) contient, dans l'art. 11, la disposition sur "la libre communication des pensées et des opinions" qui correspond à l'art. 5 § 1 et 2 de la Constitution de la République Fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949. (Ci-après : "République Fédérale").

Le cas était le suivant :

Un rédacteur de la télévision de Berlin Ouest a commenté, en novembre 1974, l'assassinat du Président de la Cour d'Appel de cette ville par un groupe de combattants de la clandestinité allemands, et -dans cet ordre d'idées, en citant quelques déclarations d'un citoyen renommé- il a placé ce citoyen à proximité immédiate de la scène du terrorisme. Ces paroles agitèrent l'opinion publique. La plus grande indignation de ceux qui s'en scandalisaient, ressortit naturellement du fait que ce citoyen renommé fut publiquement mis de plain-pied avec les terroristes. Le fait que le rédacteur n'avait pas cité toutes les paroles du citoyen attaqué d'une manière absolument exacte, représenta une pierre d'achoppement ultérieure, quand même moins expressive.

Le citoyen s'est senti offensé, bien entendu, et a soumis le différend au tribunal. La cause fut successivement portée jusqu'à la Cour de Justice Fédérale (Bundesgerichtshof) (5). Ici -à la dernière instance de la procédure normale- le citoyen a été débouté de sa demande. Les juges de la Cour accordèrent une certaine latitude à la citation des déclarations d'autrui. Ils partirent du droit fondamental de la liberté d'opinion et de l'idée d'un citoyen moyen qui accepte les paroles qu'il avait lues ou entendues, dans leur contexte général sans s'occuper d'une analyse minutieuse de toute parole individuelle.

Le résultat a de nouveau ému les esprits. C'étaient aussi, des politiciens de haut rang qui avaient l'affection pour la chose du citoyen, qui donnèrent carrière à leur indignation.

9. Alors, le citoyen ainsi lésé fit appel au Tribunal Fédéral Constitutionnel (Bundesverfassungsgericht) (6).

.../... La Constitution Française en vigueur ni celle de l'an 1971 ne contiennent de réglementations expresses sur la dignité inhérente à la personne. Cependant, la teneur générale du Préambule des Constitutions donne des renseignements suffisants. (Différemment la Proposition de loi tendant à établir la Constitution de la République Française, adoptée le 19 avril 1946 ; elle en parla expressis verbis dans l'article 22).

(5) Correspond à la Cour de Cassation française.

(6) La République française n'a pas de tribunal de cette espèce. Ses Tribunaux Suprêmes (Cour de Cassation, Conseil d'Etat, etc.) représentent des ressorts absolument finals. - NDLR : L'évolution actuelle du Conseil Constitutionnel français le rapproche beaucoup de ce tribunal ; Cf. L. FAVOREU, Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982, R.D.P. 1983, p. 334 et s., not. n. 8 à 11 et n. 130.

Ce tribunal a une mission particulière : il a à veiller à la constitutionnalité des décisions de tous les organes de l'Etat soumis aux dispositions de la Constitution de la République Fédérale. Par principe, on ne peut faire appel à ce tribunal qu'au cas où on est à même de prouver qu'un ou plusieurs droits fondamentaux, assurés dans la Constitution, ont été violés par la décision contestée. Outre cela, il est -en règle générale- nécessaire que la cause ait été précédemment traitée par toutes les instances légales de la procédure ordinaire.

La requête par laquelle on fait appel à ce tribunal, est appelée "*recours constitutionnel*". Elle est aujourd'hui définie comme un recours extraordinaire, formé à des conditions préalables d'admission très sévères, par lequel on ne peut faire appel au Tribunal Constitutionnel Fédéral que pour faire valoir ses droits fondamentaux et, outre cela, quelques droits ultérieurs du même caractère. Le Tribunal Constitutionnel décide publiquement sur les causes qu'il a acceptées. Les intéressés peuvent obtenir, sur demande justifiée, une copie de ces décisions.

Le Tribunal ne s'occupe absolument pas des cas d'une autre forme de violation du droit ; il est tout spécialement incompétent pour statuer sur les cas de violation des règles de procédure ou d'erreur de droit, d'application fautive du droit matériel par les tribunaux ou d'autres organismes de la procédure ordinaire, même si une des parties a ainsi subi un dommage injustifié bien considérable.

10. Le citoyen ci-dessus mentionné obtint gain de cause. Le Tribunal Constitutionnel fit précéder sa décision de trois principes directeurs par lesquels il a exprimé son point de vue, à savoir :

- la dignité personnelle de l'homme (art. 1 § 1 de la Constitution) a des rapports immédiats avec l'épanouissement libre et intégral de l'homme (art. 2 § 1 *ibidem*) ;
- le droit fondamental de la liberté d'opinion (art. 5 § 1 *ibidem*) ne protège pas des citations incorrectes ;
- le même art. 5 § 1 ne justifie pas non plus une déclaration qui peut être acceptée par le lecteur ou auditeur moyen comme la vraie citation des paroles de la personne critiquée, sans marquer qu'il s'agit d'une interprétation personnelle du critique.

Sur dix-neuf pages subséquentes, le Tribunal détaille les principes justement cités. Ainsi, le jugement prononcé par la Cour de Justice fut annulé et la cause renvoyée au même tribunal. Ensuite, ce tribunal, la Cour de Justice, a naturellement donné (ou plus précisément : fut obligée de donner) suite à la plainte du citoyen, et elle lui accorda un *pretium doloris* se montant à 40 000 DM.

Le cas que nous avons sommairement commenté, montre un aspect particulièrement expressif, à savoir : deux Cours Suprêmes ont été saisies de la même cause. Toutes les deux l'examinaient au même point de vue, du point de vue des droits fondamentaux de l'homme. Toutefois, leurs décisions furent contradictoires.

On pourrait peut-être discuter quelle opinion de ces tribunaux fut la plus réaliste. Cependant, le pouvoir légalement accordé au Tribunal Constitutionnel mit le point final à toute discussion de ce genre.

11. L'autre cas est objectivement plus compliqué. Il s'agit d'une cause dont le requérant ne jouit pas de l'importance politique ou sociale. (Pour pouvoir analyser publiquement ce cas, juridiquement bien intéressant et instructif, j'avais abordé toutes les personnes qui pouvaient y entrer en ligne de compte).

Pour simplifier l'affaire, nous pouvons passer sous silence la cause primitive, car elle n'était qu'un déclencheur des procédures ultérieures dont nous allons parler.

Le requérant présenta, en son temps, une requête à une autorité administrative. La première instance recommanda une décision positive, la dernière la récusait. L'exposé des motifs de cette décision-là contient des points qui -suivant l'avis de l'avocat du requérant- violèrent certains droits fondamentaux de son client. Jaloux de son honneur, celui-ci déposa, par l'intermédiaire de l'avocat, une plainte au tribunal. Et c'est le sort de cette plainte comme aussi les événements connexes ultérieurs qui seront l'objet de nos observations.

Le tribunal (administratif) de 1ère instance fixa le terme. Quelques jours avant, une chose assez curieuse se passa : le rapporteur du tribunal téléphona à l'avocat

du requérant en lui expliquant que sa présence (à savoir : celle de l'avocat) au terme fixé n'aurait pas de sens, car la requête en question n'aurait aucune chance de succès. Le tribunal supérieur, lui dit le rapporteur, avait dernièrement débouté les demandeurs dans deux cas analogues. Alors, le requérant apparut seul devant le tribunal. Là, avant l'ouverture officielle de la séance, le requérant fut informé par le tribunal dans le même sens. Vu son affaire vouée, par avance, à l'échec, le requérant accepta de se désister du procès.

Quelque temps plus tard, le requérant discuta le cas avec un autre avocat. Celui-ci procura les jugements auxquels s'était référé le tribunal dont nous venons de parler. Or, et l'avocat et le requérant furent surpris en constatant que les causes traitées dans ces jugements-là n'étaient point identiques à la cause du requérant. Alors, le requérant présenta au tribunal mentionné une nouvelle requête. Vu l'erreur élémentaire qui l'avait conduit à une décision qu'il n'aurait pas prise si cette erreur n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire vu l'information erronée qui lui avait été donnée sur la chance de sa cause et son analogie avec les causes que le tribunal avait alléguées, le requérant, se fondant sur les dispositions correspondantes du Code Civil, déclara nulle sa révocation de la plainte et requit la reconduction du procès. Comme argument complémentaire, le requérant fit recours à certains droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Deux ans plus tard, il reçut la décision dont voici la teneur : il n'y a pas de réglementations qui justifient la révocation d'une déclaration faite devant le tribunal même si cette déclaration avait été provoquée par l'erreur. Sur les droits fondamentaux que le requérant avait réclamés, le tribunal ne se prononça pas. Il ne se prononça pas non plus sur l'action du rapporteur qui avait provoqué aussi -comme nous l'avons vu- l'absence de l'avocat du requérant au terme fixé.

12. L'appel au tribunal de 2^{ème} instance est également resté sans succès. Les juges persévérèrent dans l'opinion que les déclarations faites devant les tribunaux seraient irrévocables en tout cas. Quant aux erreurs provoquées, le cas échéant, par le rapporteur de 1^{ère} instance comme telles, le tribunal renvoya aux réglementations du Code

de procédure civile qui n'admet une *restitutio in integrum* qu'au cas où il s'était agi d'une action criminelle dans lequel le juge responsable aurait été condamné. C'est une disposition vraiment admirable, mais illusoire. Quel homme du peuple aurait le courage de s'engager dans une telle voie ? Et même s'il l'avait, il n'aurait pas de succès. Il suffirait, par exemple, que le juge inculqué protestât de l'absence de toute intention criminelle en réduisant l'affaire à une seule erreur dont il exprimerait maintenant de sincères regrets.

13. L'appel à la dernière instance, au Tribunal Administratif Fédéral, a trouvé une prompte et brève conclusion : le tribunal débouta le requérant en se référant simplement au Code de procédure administrative qui ne contient pas de réglementations sur le cas dont le requérant se plaignait, à savoir sur l'effet éventuel d'une déclaration provoquée par erreur à laquelle un tribunal avait donné lieu. Et le même tribunal a complètement passé sous silence l'appel du requérant aux droits fondamentaux dont il se sentait frustré dès le terme de la lère instance.

14. Alors, le requérant prit aussi la voie du recours constitutionnel.

Le Tribunal Constitutionnel trancha sur la requête bien détaillée de la manière suivante (la teneur complète et littérale de la décision est la suivante) :

"Le recours ne sera pas accepté à la décision formelle, faute d'avoir une chance de succès suffisante.

Les raisons :

Par la décision attaquée, émise par la Cour Fédérale Administrative, le requérant n'est pas lésé dans ses droits fondamentaux ou autres droits du même caractère. Selon la présentation du recours constitutionnel, il n'est pas visible que la Cour Fédérale Administrative -en négligeant les allégations du requérant qui entrent en ligne de compte et qui suivant les réglementations de procédure doivent être respectées- avait lésé l'art. 103 § 1 de la Constitution ou qu'elle n'avait pas tenu compte de l'influence des droits fondamentaux sur la formation de la procédure de droit administratif. Il n'est pas reconnaissable que la Cour avait eu à décider, suivant l'état de choses présentées par le requérant, sur la question de savoir si une

révocation de la rétractation de la plainte était admissible, lorsque le tribunal avait amené la partie -sous exclusion de son mandataire au procès- à une fausse déclaration au procès".

15. Je m'abstiens de toute critique ou polémique inopportunes. Ce ne sont que les devoirs du chercheur consciencieux et objectif qui m'imposent la tâche de déterminer, par les aspects distinctifs, la décision justement rapportée.

Il faut remarquer que cette décision n'est pas la vraie décision du Tribunal. Chaque recours constitutionnel, adressé à ce Tribunal, est d'abord présenté au soi-disant comité des trois, à savoir des trois juges qui l'examinent s'il "mérite d'être accepté à la décision formelle du Tribunal". Ce comité de vérification ne dit pas dans sa décision que la requête en question est absolument dénuée du fondement. Il se contente d'émettre des doutes au sujet de la chance "*absolument sûre de succès*" et d'y alléguer un exposé rapide des raisons de la décision. Toutefois, si ce comité ne juge pas la requête digne d'être traitée par le Tribunal, l'affaire est terminée (7). Il n'y a plus d'autre voie judiciaire, à moins que la partie aille à Strasbourg, à la Commission Européenne des Droits de l'Homme. Cependant, c'est une autre chose. Restons encore sur le terrain du droit national.

16. Quant au contenu de la requête justement mentionnée, il peut être remarqué -suivant l'état du dossier- que le requérant s'était donné de la peine pour apporter, en détail, les faits et les réglementations constitutionnelles décisifs à l'appui de sa requête. La décision fut rédigée, comme nous l'avons vu, en peu de mots. En trois phrases.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas facile de se retenir d'exprimer certaines réflexions.

Dans la procédure civile ou pénale, le Tribunal fait -en règle générale- des recherches détaillées pour établir le vrai état de choses. Dans sa décision, il allègue, en détail, les motifs ou circonstances qui l'avaient mené à la décision donnée.

(7) § 93 a de la loi sur le Tribunal Fédéral Constitutionnel.

Comme nous l'avons vu en traitant le recours du citoyen qui se plaignait de la décision prononcée sur son procès de diffamation, le Tribunal Constitutionnel a suivi aussi, la voie de cette espèce. La cause de l'autre citoyen a été récusée d'une manière beaucoup plus simple. Le Comité des Trois n'a fait qu'exprimer l'idée que -selon son opinion- la chose n'a pas de chance suffisante d'aboutir au succès. On ne peut, certes, se défendre d'avoir l'impression que cette déclaration est une opinion en substance subjective. Il n'y est nullement exclu que -si le procès avait été fait dans les règles normales- le requérant aurait obtenu gain de cause.

Aussi avons-nous vu que tous les tribunaux précédents auxquels le requérant s'était adressé, ont complètement passé sous silence l'objectif principal de ce citoyen, à savoir la protection des droits fondamentaux de l'homme qu'il avait cités et prouvés minutieusement.

Les tribunaux de la procédure dite normale éludèrent cette question, en se bornant complètement à la simple voie formelle, c'est-à-dire au manque formel d'une réglementation expresse concédant la révocation d'une déclaration faite devant le tribunal, quels qu'aient été les motifs ou circonstances qui avaient mené la partie à cette déclaration.

Le Comité de vérification du Tribunal Constitutionnel a déclaré, d'une manière générale, sans s'attarder sur les détails, que -par la décision de la Cour Fédérale Administrative- les droits fondamentaux du requérant n'ont pas été lésés. Observée, complètement isolée et d'un seul point de vue purement formel, cette décision pourrait peut-être sembler juste : il n'y a pas, en fait, dans la République Fédérale, des règlements sur la révocation justement mentionnée. Cependant, du fait que la décision discutée n'a prêté aucune attention à l'exposé présenté par le requérant sur les droits fondamentaux lésés dans ce procès dès la 1ère instance, la plainte est restée la voix de celui qui crie dans le désert.

Le Comité des Trois du Tribunal Constitutionnel a mis, dans la dernière phrase de sa décision, rapidement du moins, le doigt dans la plaie, mais il s'est hâté de s'en dégager bien vite par une mention concise, formelle et négative, bien entendu.

Aussi avons-nous vu que ce comité a eu recours à l'assertion qu'il ne serait "*suffisamment évident*" que les droits fondamentaux du requérant fussent lésés.

Dans les procédures dites "*normales*", les parties ont le droit sacré de présenter des preuves ultérieures, si le Tribunal ne considère pas l'affaire comme suffisamment claire. La question se pose de savoir pourquoi les parties luttant pour leurs droits fondamentaux, solennellement protégés, aussi, dans des conventions internationales, ne possèdent pas le même droit, la même possibilité dans des affaires qui touchent non seulement le citoyen en personne mais aussi l'État dans sa constitutionnalité (8).

III. 17. Avant de formuler une conclusion qui puisse nous mener à une critique peut-être précipitée, jetons un coup d'oeil rapide à un autre aspect du problème.

Pour les procès civils et pénaux, il y a d'innombrables tribunaux. Il n'y a pas de comités judiciaires qui examinent, à l'avance, la question de savoir si la cause est ou n'est pas digne d'être régulièrement traitée par le tribunal. Ce sont les tribunaux eux-mêmes qui traitent, ou plus précisément, qui sont obligés de traiter les affaires qui leur sont présentées (8 bis).

Pour les plaintes touchant les droits fondamentaux de l'homme, il y a, dans la République Fédérale, en dernier ressort, un seul tribunal, et celui-ci, le Tribunal Constitutionnel, s'occupe, outre les requêtes des individus, des questions d'importance essentielle et générale.

Inutile certes, de continuer de développer cette image. Il ne serait objectivement pas possible -dans cet état de choses- que le Tribunal Constitutionnel s'occupât minutieusement de toutes les requêtes qui lui seraient

(8) La République Fédérale a adopté, sous forme de loi, cinq conventions internationales relatives aux droits fondamentaux de l'homme, à partir de celle du 4 novembre 1950, " de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales".

(8 bis) N.D.L.R. : cette remarque ne vaut pas exactement pour la France qui a connu la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation et connaît aujourd'hui encore la formation restreinte (art. L. 131-6, al. 2, C. org. jud., loi du 3 janvier 1979).

présentées. Alors, on a dû évidemment prendre une autre voie. Sur le point de savoir si la méthode de restreindre le nombre des requêtes à traiter sur la base du manque présumé de chance suffisante de succès est juste ou non, la question peut rester ouverte.

En résumé :

Suivant la Constitution, le citoyen et -le cas échéant- chaque personne, a le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (9), c'est-à-dire conformément aux lois de l'Etat, et les tribunaux ont le devoir sacré de respecter et réaliser, de leur propre chef, les lois, celles relatives aux droits fondamentaux de l'homme y comprises.

C'est l'un des visages de Janus. C'est le droit abstrait qui invite -comme nous l'avons déjà remarqué- à rédiger un nombre infini d'études scientifiques qui possèdent leur raison d'être dans le domaine des recherches théoriques abstraites.

L'autre face de ce dieu est, comme nos exemples l'ont montré, assez variable. L'individu invoquant le secours des lois, tourne en rond. Si la Fortune le favorise, il a la chance de réussir. Sinon, et la cause avait été jugée en dernier ressort, il n'a aucun correctif normal, même si la cause n'avait pas été traitée en due conformité avec les règlementations de la procédure et s'il en avait éprouvé un dommage considérable.

La partie qui a ainsi perdu le procès, aurait -le cas échéant- une petite lueur d'espérance en invoquant la protection des droits fondamentaux de l'homme, parmi lesquels le droit à ce que sa cause ait été entendue équitablement jouerait un rôle bien important. Il a, en fait, ce droit. Cependant, l'expérience millénaire nous instruit qu'il y a toujours une différence essentielle entre "*avoir le droit*" et "*finir par avoir raison et gagner la cause*".

La juridiction n'est ni un produit d'une autogénèse ni un résultat du traitement électronique. Elle n'est pas au pouvoir d'une institution abstraite, impersonnelle. Elle

(9) Ainsi expressis verbis aussi la convention justement citée, art. 6 § 1 (première phrase).

est au pouvoir immédiat de ceux qui sont chargés de l'expédition des procès judiciaires et, par conséquent, qui possèdent le relatif pouvoir et la relative force (10).

18. Les problèmes de cette espèce ajoutés aux procédures privées et pénales sont assez difficilement calculables en comparaison des causes dites administratives, et encore moins calculables au moment où les droits fondamentaux de l'homme sont l'objet du grief.

A l'aide de ces droits, l'individu lésé entreprend, en règle générale, une dernière tentative pour se défendre contre l'injustice que -suivant sa conviction ou celle de son avocat etc.- un organe des pouvoirs publics lui avait causée. Le différend ne se déroule pas entre ou parmi des parties privées, mais entre l'Etat et ses représentants directement engagés d'une part et l'individu isolé d'autre part.

En faisant recours aux droits discutés, le requérant demande à un organe de l'Etat d'intervenir, de procéder contre son Etat représenté par un autre organe public.

Ainsi, le requérant fait la tentative d'atteler un organe public à la tâche de réaliser ces droits-là contre l'Etat ou contre un de ses éléments. Dès le début, ces droits étaient et sont destinés, en premier lieu, à protéger les **petites gens**, contre l'application injuste du pouvoir et de la force de la part d'un des organismes publics. Les personnes influentes ont moins souvent besoin de cet abri, étant protégées, en majeure partie, déjà par leur influence sociale, leur pouvoir et leur force.

19. Les droits fondamentaux de l'homme sont bien souvent mis en évidence en public même en hauts lieux. Mais, ces droits-là, sont-ils vraiment connus du public ? Une recherche ponctuelle offrirait des résultats surprenants.

L'ancien Président de la République Fédérale, M. HEINEMANN, a mentionné, dans son introduction à une édition de la Constitution, une politique protestant de ne pas toujours pouvoir porter la Constitution sous le bras. Et le Président a ajouté ses regrets de ce que

(10) Cf. la Constitution Française (plus haut n° 3), art. 12.

la Constitution ne soit lue que par un très petit nombre d'intéressés (11).

De là la réalité logique que les gens ont, en général, une imagination de ces droits-là, mais une imagination très imprécise, très vague. Il est, par conséquent, impossible d'attendre que les petites gens soient capables de s'y orienter et de s'en servir. On pourrait dire qu'ils pourraient s'adresser à un avocat. Cependant, cette voie fait souvent défaut, et voici comment.

La matière est, en effet, beaucoup plus compliquée qu'il ne semble à première vue. Elle est plus compliquée que les causes judiciaires dites "*normales*". Il n'y a pas beaucoup d'avocats dans la République Fédérale qui s'en occupent. En outre, l'avocat vit de son travail et de ses honoraires. Il est presque impossible, pour un individu peu aisé, d'emprunter ce chemin, si incertain.

De plus, le délai pour présenter la requête constitutionnelle expire, dans la République Fédérale, le dernier jour du mois suivant le moment où le requérant a reçu la notification du jugement ou d'une autre décision définitive dont il se sent lésé (12). Il se peut, et il arrive que ce délai expire avant que le lésé ait, en fait, trouvé la voie légale.

Cependant, même si le requérant a franchi tous ces obstacles formels, il est encore loin de pouvoir se réjouir.

Le nombre des requêtes constitutionnelles, déboutées déjà dans la phase d'ouverture par le Comité de vérification, est si grande qu'il est difficile de souscrire à l'idée que toutes ces requêtes-là aient été mal fondées (Suivant la statistique présentée il y a deux ans par le Président du Tribunal Constitutionnel, 97 % des requêtes présentées à ce tribunal ont manqué leur but (13)).

(11) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1981, p. 5 s.

(12) On verra plus haut n. 7, § 93.

(13) Au moment où le manuscrit de cet essai se trouvait sur le point d'être expédié à la Rédaction de cette Revue, M. le Président du Tribunal Fédéral Constitutionnel m'a fait l'honneur de me faire communiquer les détails précis sur l'activité du Tribunal en 1982. Ainsi : des 54029 causes présentées (en 1982) au Tribunal (parmi lesquelles 51265 requêtes constitutionnelles), 52482 ont été expédiées. Ont abouti : 635 requêtes constitutionnelles, c'est-à-dire 1,27 % des requêtes expédiées.

20. Il y aurait encore plusieurs questions qui inviteraient à l'examen attentif, mais il serait impossible de les traiter d'une manière satisfaisante dans un bref essai.

Alors, voici la conclusion en l'espèce :

Les droits fondamentaux de l'homme représentent une catégorie, un élément spécial du système appelé "*droit*". Il y a une différence considérable entre son existence abstraite et la réalisation pratique.

De ce point de vue, voici un problème très crucial : la relation entre le nombre des requêtes qui vont plutôt en augmentant qu'en diminuant, et le nombre des autorités autorisées à en décider. Dans la République Fédérale, il n'y a qu'un tribunal central.

Le fait qu'un nombre très petit des requêtes constitutionnelles y aboutit au succès, donne lieu à un autre phénomène : les autorités précédentes ne sont pas forcées de s'occuper trop de la question de savoir si leur décision est ou n'est pas suffisamment conforme aux réglementations fixées dans la Constitution comme droits fondamentaux de l'homme (14).

En outre, elles peuvent -comme nous l'avons vu aisément recourir aux réglementations du droit formel qui n'a directement rien de commun avec ces droits fondamentaux-là.

On peut se souvenir, dans cet ordre d'idées, de l'adage latin de droit, cité déjà par Cicéron : *summum ius, summa iniuria*, c'est-à-dire : excès de droit (à savoir : du droit formel, excès d'injustice (15). Ainsi, la voie du droit formel prise, l'apparence du droit "*correctement appliqué*" est maintenue. Mais il arrive que la procédure de ce genre passe complètement par-dessus des droits fondamentaux de l'homme situés de l'autre côté de la barricade. C'est le plus grand danger auquel la demande en protection de ces droits est maintes fois exposée. Ces

(14) Il ne faut pas que cette situation résulte, en tout cas, d'une intention incorrecte. Aussi peut-elle être le résultat d'autres circonstances. Cf. plus haut le texte relatif à la n. 11.

(15) De officiis 1, 10, 33.

faits ont, sans doute, leur rhétorique. Il est clair qu'ils invitent instamment à la recherche et à des études pertinentes.

21. Les autorités compétentes n'ont pas seulement le pouvoir de traiter les affaires en question ; elles possèdent aussi la force d'imposer l'effet de leurs décisions aux parties qui les avaient invoquées ou qui ont eu l'obligation de s'y présenter. Le pouvoir et la force sont -on le sait- de tout temps unis l'un à l'autre. Pour se faire valoir, le pouvoir doit faire, et fait, à plusieurs reprises, usage de la force qui en résulte.

Il n'arrive naturellement pas toujours qu'une des parties se sente lésée par la décision d'un organe public, dans ses droits fondamentaux. Mais cela se passe -pourtant- quelquefois. Le lésé se trouve ainsi entre la force de la décision prise par l'autorité, et sa perception d'injustice. Néanmoins, dans la plupart des cas, il avance à tâtons.

La situation justement esquissée a un début et une issue communs : le défaut assez général d'intérêt et de possibilité de connaître et de faire valoir, effectivement, les droits fondamentaux de l'homme et leur portée réelle.

C'était déjà l'Assemblée Nationale de la Révolution française qui a souligné, dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le 26 août 1789, que :

"... l'ignorance, l'oubli et le mépris des Droits de l'Homme sont seules cause des malheurs publics et de la corruption des gouvernements..." (16).

En pratique, en parlant de la violation des Droits de l'Homme, on a -pour la plupart- sous les yeux les tortures physiques. Il est, en fait, déplorable que l'humanité ait jusqu'ici fait trop peu contre ce mal où la force brutale domine les individus. La science du droit dans le monde entier y aura une sphère d'activité urgente et permanente.

Néanmoins, toute injustice fait souffrir, notamment celle où l'injustice apparaît évidente et où le lésé reste seul à en souffrir. Une telle peine -par sa durée et par

(16) Le texte de la Déclaration a été incorporé -on le sait- dans la Constitution Française du 3 septembre 1791, Préambule.

sa permanence- n'est souvent pas moins rude qu'une torture physique.

Ainsi sommes-nous sur le point de constater que le vrai objectif du droit n'est nullement ancré dans sa seule existence, abstraite et immatérielle en substance, mais dans sa mission sociale et morale qui ne se réalise qu'au moment où la ou les parties y font réellement recours, et où un organe public en décidera, fort de son pouvoir et de sa force.

La question a été posée à plusieurs reprises sur la mission et l'utilité de la philosophie du droit. A mon modeste avis, je ne crois pas que la philosophie du droit soit seulement utile. Elle est, certes, nécessaire de façon instantane, le champ d'action qui lui incombe se référant au droit dans toute sa structure et réalisation, depuis sa genèse jusqu'à l'étape finale, la plus importante pour l'individu et pour la société.

DEFINIR LE DROIT ?

Par François TERRE

*Professeur à l'Université de Droit, d'Economie
et de Sciences Sociales, Paris II (*)*

Qu'est-ce que définir ? La question est débattue dans **Le Banquet**. A ceux qui répondent : "*Le beau, c'est un bel objet*", "*Le beau, c'est une belle servante*", Socrate montre que raisonner de la sorte, ce n'est pas définir. La même attitude s'impose quand il s'agit du juste ou encore du droit.

Définir, c'est assigner des limites conceptuelles. Les juristes procèdent de la sorte lorsqu'ils tentent de répondre à la question posée. Quelle que soit leur réponse, il apparaît généralement qu'ils n'envisagent cette limitation que d'une manière trop étriquée. Qu'ils voient dans le droit un ensemble de normes ou qu'ils le relient plus intimement à "*ce qui est juste*", l'observation précédente demeure, nous semble-t-il, fondée. C'est ce que l'on voudrait brièvement évoquer dans la présente communication.

Certes, définir, c'est selon le sens commun fixer ou dégager des limites, discerner les frontières du droit, bref le **cerner**. Mais là ne peut s'arrêter la démarche. Une deuxième direction doit être suivie. Elle tend à savoir si le droit est achevé, **terminé**, car -ainsi que les mots le prouvent- on ne peut dé-finir que ce qui est fini ; la remarque renvoie à la recherche du fond ou du fondement du droit. D'où un rebondissement de la réflexion dans une troisième voie, dans le sens d'un retour aux sources, aux origines, voire plus loin encore, pour qui s'emploie à **inaugurer**, vers la définition de la définition.

(*) A partir de ce texte condensé, a été donnée une conférence, le 21 mars 1983, à l'invitation du Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille. Nous tenons à dire ici toute notre gratitude à Monsieur le Professeur François Terré.

Définir le droit, c'est donc : a) cerner le droit ; b) terminer le droit ; c) inaugurer le droit.

I - CERNER LE DROIT ?

Le problème est loin d'être ignoré par les juristes, surtout s'ils sont aussi comparatistes, sociologues ou philosophes. Souvent ils reconnaissent, il est vrai, leurs incertitudes, quel que soit l'axe sur lequel ils ordonnent leurs investigations.

A - S'ils prétendent pouvoir cerner le droit du côté du **fond**, du contenu des règles ou des comportements relevant du droit, deux voies s'offrent à eux, toutes deux empruntées, toutes deux décevantes qu'il y ait délimitation par rapport au normatif ou au positif.

D'autres ordres **normatifs** entretiennent d'étroits rapports avec le droit, ce qui rend fréquemment incertaines les lignes de partage. L'histoire des relations entre le droit et la **religion** est faite d'alternances ; des positions sont dégagées : dissolution du droit dans la religion, séparation radicale ou démarche intermédiaire ; de toute façon, il ne s'en dégage pas une définition véritable du droit par la religion ou par rapport à la religion ; un rapport de rupture rend malaisé le tracé d'une frontière : la laïcité est du droit, la règle affirmant le principe de la laïcité aussi ; on l'a souvent remarqué. Est-ce donc plutôt du côté de la **morale** qu'il est possible de discerner un critère satisfaisant du droit ? Le thème est connu. Mais l'on sait aussi que les différences apparentes des contenus et des sanctions résistent mal à une réflexion attentive ; liée aux fluctuations du temps et de l'espace, une conclusion négative paraît s'imposer : il n'a jamais été trouvé, dans cette perspective, de réponse satisfaisante.

Surtout à notre époque, une autre voie a été suivie. Elle tend à opérer une distinction entre le juridique et le social non juridique. Inspirée par les études de Kantorowicz, une sociologie juridique met en évidence le critère de la juridicité à l'aide de l'idée de justiciabilité : Carbonnier est séduit par la référence à la mise en question, seules les règles pouvant donner lieu à un jugement étant ou pouvant être juridiques. A quoi l'on est porté à objecter que tout en réalité peut être mis en jugement. On est

tenté de le penser en relisant quelque discours de Bergson sur la politesse. De manière plus philosophique, Kojève a approfondi une analyse voisine dans son **Esquisse d'une phénoménologie du Droit** : il y a, d'après lui, un plaisir de juger qui est spécifiquement juridique ; on ne le comprend pas si on nie l'existence d'une attitude juridique autonome fondée sur l'idée de justice ; et il en découle la référence essentielle, discriminante à l'existence, possible ou réelle d'un "*tiers impartial et désintéressé*". Tandis que la relation morale serait solitaire et que la relation religieuse mettrait en rapport deux personnes -l'homme et la divinité-, la relation juridique serait triangulaire, en raison de la présence d'un juge. Elle serait, en outre, propre à marquer une autre séparation radicale car l'intérêt poussant l'homme à adopter le comportement du tiers impartial et désintéressé n'aurait rien de commun avec les autres intérêts qui le portent à agir, spécialement dans l'ordre de l'économie ou de la politique. Inspirée par la pensée hégélienne, cette construction, de type behaviouriste, est séduisante ; mais, exagérant le rôle du jugement, elle tend à réduire à néant le rôle fondamental du contrat.

B - Ces diverses insuffisances expliquent aisément que l'on ait pu être tenté de vouloir cerner le droit non plus du côté du fond, mais du côté de la **forme**. La forme du droit, son expression, ses signes -il y a une sémiologie juridique-, son langage, tout cela est révélateur. Philosophiquement, la réflexion s'est surtout orientée dans deux directions plus classiques. Deux directions ou deux pôles.

Le pôle de la règle, tout d'abord. On dit alors plus volontiers : de la norme. Aussitôt se présente une liste, d'ailleurs incomplète, de propositions dont les conclusions appellent des réactions critiques. La norme juridique, une norme sanctionnée ? La sanction est alors envisagée comme étant extérieure à la règle. Mais qu'est-ce exactement que cette sanction ? On la dit socialement, juridiquement organisée, ce qui suppose un droit qui l'aménage et introduit la réflexion dans un cercle vicieux. D'où une autre proposition : la norme juridique serait assortie d'une contrainte. A quoi l'on répond aisément que la contrainte n'est pas propre à l'ordre juridique. Et si, s'attachant davantage à la structure de la règle l'on estime, après Kant, que les normes juridiques sont des impératifs **hypothétiques**, distinctes, en cela des normes morales et des

impératifs **catégoriques**, l'on s'expose à maintes objections, principalement au fait que toute norme peut emprunter la forme d'une proposition conditionnelle ou inconditionnelle (Kalinovski).

Le pôle du jugement -avec ou sans la médiatisation par le juge- n'est pas, semble-t-il, plus satisfaisant. En quête d'une signification du juridique l'on a soutenu, d'un point de vue phénoménologique, que les instruments juridiques constitueraient, en leur qualité d'instruments de jugement des "*modèles auxquels les objets doivent être conformes*" ; de là se dégagerait une "*obligatorité*" sans lien substantiel avec le contenu des propositions juridiques. En d'autres termes, si l'homme se conforme aux exigences du droit, ce serait pour des raisons étrangères au contenu du droit. A quoi l'on est conduit à objecter qu'une telle évaporation -d'aucuns diront "*mithridatisation*"- du contenu du droit ne débouche tout de même pas sur une définition du droit. On ne fait que décrire, voire qu'expliquer, ce qui pousse à s'y conformer, à se conformer... Autant dire qu'on laisse la porte ouverte. On ne commence même pas le droit ; c'est dire qu'on ne le termine pas.

II - TERMINER LE DROIT ?

Un travail de définition implique, pour réussir, un objet fini, qu'il soit passé ou à venir. Mais, appliqué au droit, il s'ordonne autour d'un devoir-être, donc d'un absolu. Or l'absoluité l'apparente à ce qui est infini. De là une tension interne entre la relativité et l'absoluité, qui explique les mésaventures de la définition du droit. Deux courants contraires affectent le droit parce qu'il implique l'idée de limite, mais qu'il est inachevé.

A - L'idée de limite n'est pas destinée ici à cerner le droit. Il s'agit maintenant de saisir en quelque sorte son essence, en tant qu'il est limite, et même ensemble de limites. Ce n'est là qu'une première approximation car le concept de limite peut être utilisé de diverses manières.

D'un point de vue philosophique -philosophie du droit ou philosophie sur le droit-, l'on discerne des courants assez divers. Il en est un qui fonde la nécessité des lois sur l'imperfection des hommes ; illustré par l'augustinisme,

il porte à penser que les lois profanes sont injustes, mais qu'elles doivent être obéies, le véritable idéal étant ailleurs et se reliant au primat de la justice chrétienne ; toujours est-il que, sur terre, le droit se présente bien comme limite. La conception kantienne, bien que fort différente, conduit cependant ici à une conclusion assez comparable : en insistant sur le dualisme de la légalité et de la moralité, elle distingue l'éthique de la subjectivité (doctrine de la vertu) et l'éthique de l'objectivité (doctrine du droit), ou encore la morale de l'autonomie et la morale de l'hétéronomie. L'importance attribuée alors aux mobiles en matière morale a suscité critiques, voire moqueries (Schiller). A s'en tenir à la doctrine du droit, lié étroitement dans la pensée Kantienne à l'existence d'une contrainte, l'on a fait valoir que le rôle des mobiles pouvait aussi être essentiel dans le droit. S'il est limite, ce n'est pas seulement du fait de son objectivité ou, dit-on encore, de son extériorité. La question reste donc posée : en quoi le droit est-il par essence limite ?

Une approche d'ordre logique ou rhétorique est de nature à faciliter la réflexion. Dans les relations entre le droit et l'idée de limite, elle porte à constater de manière assez claire que, si le droit est limite - limite apportée à la liberté, disent certains - il y a aussi une limite ou une limitation du droit. L'observation s'impose pour qui étudie le syllogisme juridique, spécialement à partir du syllogisme judiciaire : le juge doit entendre la règle dans un esprit de justice ; il doit chercher la solution adéquate ; thèses et opinions s'affrontent ; la preuve des faits n'est pas étrangère à la satisfaction d'un besoin de sécurité ; la découverte ou la détermination du droit attestent une spécificité du juridique, illustrée par les travaux de Perelman et les publications du Centre belge de recherches de logique. Le champ du droit est alors défini de manière fort éclairante. Défini, parce qu'il est en quelque sorte fini. Mais c'est précisément sur ce point que la réflexion rebondit ou s'approfondit encore davantage, car l'on se heurte, d'ailleurs sans l'ignorer, à une objection majeure liée à l'inachèvement du droit.

B - Il est **inachevé**. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que l'achèvement soit réalisé selon les trois sens possibles du mot, qu'il y ait achèvement en tant que clôture, but et perfectionnement. Or il n'en est pas ainsi.

I - L'achèvement en tant que clôture ? Définir, a-t-on dit, c'est achever, limiter. L'on se demande ici ou s'arrête le droit. Ou encore : le droit a-t-il une limite ? Et mieux : le droit est-il un système clos ? En sociologie, on en doute fortement. En logique aussi, ce qui nous semble très révélateur. Pourquoi ?

Parce que l'histoire de la logique mathématique révèle l'existence de trois phases successives. D'abord la phase de la mise en forme **déductive**, plus précisément de la formulation euclidienne des éléments de géométrie qui a servi de modèle d'organisation logique et a longtemps manifesté l'existence d'une grande parenté entre la démarche des mathématiciens et celle des "*jurisconsultes des Pandectes*" (Blanché). Sur ce point, notamment, l'approche de Leibniz est significative. Mais, à partir du XIX^e siècle, la logique mathématique a franchi de nouvelles étapes : phase **axiomatique**, puis phase **symbolique**.

Or le droit et sa logique n'ont pu suivre le mouvement. Tout au plus peut-on estimer que la logique juridique a fait siens certains apports de la démarche axiomatique. L'écart qui s'est creusé de la sorte au cours des temps peut guider à la recherche d'une spécificité de la logique juridique, et par là du juridique. L'on se demande alors s'il n'existerait pas précisément une clôture propre au droit et qui serait liée non pas à ses contingences particulières, mais à cette nécessité de l'intermédiaire entre le droit et le fait qui, dans ses manifestations les plus actives est illustrée de nos jours par le développement d'une nouvelle sorte de logique, la "*logique du flou*".

Au delà, mais à travers, ce renouvellement des outils et des préoccupations de la logique, on ne peut à nouveau éluder la démarche proprement philosophique. Plus d'un auteur en vient aujourd'hui à critiquer l'attitude portée à son paroxysme au temps de la Révolution française et des déclarations des droits, qui consiste à formuler des principes et à présenter de manière déductive les divers éléments du système juridique qui en découle. L'on a fort justement objecté qu'il était critiquable de "*faire l'économie de l'ascèse purificatrice en quoi consistait finalement la dialectique platonicienne*" (Jeanne Parain-Via). Renouant avec la maïeutique socratique, pratiquée par les dialecticiens du Moyen-Age, l'on observe donc

à nouveau que *"s'il est inévitable pour fonder le droit d'admettre des essences"*, la découverte de celles-ci est *"lente, tâtonnante, toujours inachevée"*.

2 - L'achèvement en tant que but ? Dans cette perspective, la définition est envisagée comme terme, terminaison. D'emblée l'on observe alors que le droit a une visée, un **horizon**. En cela, le droit qui est -par essence- limité est cependant un système ouvert ; il est aussi illimité qu'il est limité, aussi infini qu'il est fini. Désormais, il s'agit de relier le droit à son **fondement**, ce qui ne peut, à l'évidence être indifférent à sa définition.

Ainsi, du jusnaturalisme. Par l'expression **droit naturel**, la définition du droit est fournie au moyen de sa **qualification** : *"naturel"*. Dans *"droit naturel"*, cette qualification offre un plus grand espoir de certitude que la qualification *"positif"* dans **droit positif** ; l'on sait bien que l'étendue et le centre de gravité du droit positif peuvent fluctuer singulièrement. Avec le **droit naturel**, la qualification devient une définition du juridique. Non sans que se manifeste un glissement significatif. Car il n'est pas opéré une distinction entre ce qui **est naturel** (droit naturel) et ce qui **n'est pas naturel** (droit non naturel, encore moins surnaturel). Ainsi se trouve-t-on porté vers autre chose. Pour bien comprendre la qualification, il faut alors l'expliquer. Et l'on voit que la qualification-définition sous-entend une équivalence entre la droite raison et le droit naturel. Ce qui est naturel -et sert à définir le droit, c'est la droite raison, de sorte que l'opération de qualification-définition du droit ne qualifie que pour mieux disqualifier tout partage rigide entre les notions (droit = raison). A nouveau se manifeste une ambiguïté fondamentale qui appelle une levée des équivoques.

3 - Aussi bien convient-il d'envisager l'achèvement en tant que perfectionnement, le terme de perfection étant envisagé ici avec le sens qu'on lui donne notamment en parlant de la perfection d'un contrat. Il s'agit de l'achèvement comme approfondissement... par rapport à ce qui est la visée du droit. Or si la visée du but, du résultat se situe dans le cours du temps, le résultat n'en est pas moins donné, posé au départ. *"Le résultat est ce qu'est le commencement parce que le commencement"*... du droit... *"est but"*. Hegel nous guide alors vers le troisième temps de notre propos.

III - INAUGURER LE DROIT ?

La question semble s'imposer d'autant plus que les démarches précédentes ne peuvent suffire. On ne parvient pas à cerner le droit. Et qui veut le terminer observe que si le droit est limite, c'est une limite sans limite.

Dans trois directions, l'on est porté à penser que la troisième question est probablement la moins mauvaise. On se limitera à quelques brèves remarques.

A - La définition du droit qui passe par une qualification n'ayant d'autre objet que de conduire à l'origine du juridique -droit divin : la divinité ; droit naturel : la raison ; droit positif : la loi, etc-, quand bien même elle serait taxée d'extérieure au droit, nous indique, à l'extrême, qu'il n'est aucune définition du droit qui lui reste totalement extérieure.

C'est là, nous semble-t-il, un point essentiel que l'on pourrait exposer à l'aide de deux propositions :

- Toute définition du droit, si extérieure qu'elle puisse sembler, n'est jamais si abstraite et extérieure qu'elle ne constitue déjà une partie du système juridique défini.

- Tout système juridique emporte avec lui sa définition ; il se définit en même temps qu'il se constitue. D'où la difficulté d'une définition, le droit étant sa propre définition concrète.

B - D'ores et déjà, une définition qui fait référence à une autre instance dit quelque chose de ce qui constitue le droit.

L'on ne peut alors s'empêcher de formuler l'hypothèse suivante qui se situe dans les relations entre l'art et le droit. On dit volontiers que si le droit est une science, il est aussi un art (de l'élaboration de la règle, de son application, etc.) ; mais ce mot est alors entendu au sens de **pratique**. Mais il y a autre chose, car l'on ne peut se contenter de réduire le juridique à une pratique, ni se satisfaire d'une conception pragmatique du droit.

Semblable attitude omettrait de prendre en considération la tension interne du droit, qui est porté vers l'absolu. Tension qui se traduit par l'emprunt de ce qu'on pourrait appeler la (une) belle forme, au sens de l'idée platonicienne (Platon, **La République**). D'où une corrélation insuffisamment analysée entre le droit et la poésie. La revue (française) **Poésie** en a récemment fourni une illustration saisissante (n° 18) avec un article de Kantorowicz ("*La souveraineté de l'artiste, Note sur les maximes juridiques et les théories esthétiques de la Renaissance*"). Ce n'est pas un hasard si l'on constate de révélatrices interférences de l'esthétique et du droit. Et si l'on observe que lorsque l'on s'interrogea sur la nécessité, pour l'art, d'imiter la nature, l'on se servit, en esthétique, des préceptes des juristes, dont la pensée avait été inspirée par Aristote. Oui, l'art devait, a-t-on dit alors, inspirer la nature. Tout comme le droit, ajoutait-on, qui au sujet de l'adoption imite la nature en ne permettant pas que l'adoptant soit plus jeune que l'adopté. Si la législation est un art imitant la nature, c'est parce qu'elle imite la loi naturelle.

C - A qui prétend définir le droit, il faut rappeler une distinction indispensable entre ce qu'il **signifie** et ce qu'il **désigne**, son **intention** et son **extension**, dit-on encore, non sans signaler le difficile passage de l'une à l'autre approche. Ainsi en est-il de la définition du droit mis nécessairement en relation avec ses origines et ses sources. Le droit, c'est ce qui dit le droit, donc ce qui le définit ; il est à la fois acteur et objet de l'action. Dans son rapport aux sources, à ses sources, il apparaît du fait même de sa propre rétroaction, comme la condition de ce qui le conditionne, de sorte que, par l'effet d'un conditionnement réciproque, la définition du droit constitue la définition même de la définition. Si l'on voulait, à tout prix, trouver sa spécificité, on devrait probablement privilégier la seule de ses sources sans laquelle il ne peut exister de droit, c'est-à-dire la doctrine car elle lui ouvre l'accès à ses autres sources (Vullierme). Bref une définition se dégage peut-être : somme toute, le droit c'est la doctrine du droit.

**CONTRIBUTION A L'ETUDE DE LA NAISSANCE
DES PARTIS POLITIQUES EN FRANCE :
LE PARTI LEGITIMISTE DE 1830 A 1833**

par Stéphane RIALS

*Professeur agrégé des Facultés de Droit
à l'Université de Caen,
Chargé de conférences à l'Ecole Pratique
des Hautes Etudes (4è section).*

Pour Monsieur Jean TULARD

INTRODUCTION : OBSERVATIONS PRELIMINAIRES SUR LE CONCEPT DE PARTI POLITIQUE

L'on parle volontiers aujourd'hui de "*parti*" au sujet d'instances de l'antiquité (1), du moyen-âge (2) et -a fortiori- de l'époque moderne, singulièrement pour

(1) V. par ex. le magistral ouvrage de J. Hellegouarc'h, Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République, Paris, 2ème éd., Les belles lettres, 1972. Mais il est significatif qu'un tel vocabulaire s'ouvre par l'analyse du concept de fides, terme qui -selon l'auteur- "exprime avant tout le rapport qui s'établit entre un cliens et son patronus". Et que vienne ensuite l'amicitia - fort cyniquement entendue au demeurant. Les amici sont simplement, "parmi les membres de la suite d'un personnage, ceux qui appartiennent à la classe dirigeante, les clientes, ceux de la plèbe". Il existe pourtant (v. pp. 99 ss.) des concepts plus étroitement spécialisés, factio et partes. Pourtant, là encore, ces termes n'ont pas, tant s'en faut, la valeur de leur équivalent français immédiat. Le premier renvoie à un système de relations qui demeure étroitement personnalisé : "Il y a factio -observe M. Hellegouarc'h- chaque fois qu'un ou plusieurs hommes politiques utilisent tous les moyens matériels qu'ils ont à leur disposition, c'est-à-dire leur fortune personnelle et le groupe de leurs amis et clients pour parvenir à une conquête personnelle du pouvoir". Quant à partes (pluriel de pars), ce concept désigne en vérité les deux grandes tendances qui divisent la société politique romaine à la fin de la République : optimates et populares, pour ne retenir que les termes les plus usuels. Mais ces deux tendances relativement stables ne correspondent aucunement à l'idée contemporaine de parti. Pour vérifier in concreto l'absence de structuration partisane au sens strict à Rome, on lira dans l'ouvrage de M. Claude Nicolet, Le métier de citoyen dans la Rome républicaine, Paris, Gallimard, 1976, pp. 401 ss., le développement intitulé "Clientèles et brigue électorale", dans le chap. 7, "Comitia. Le citoyen et la participation politique".

(2) Voir Y. Renouard, Les villes d'Italie de la fin du Xème siècle au début du XIVème siècle, 2è éd. par Ph. Braunstein, Paris, SEDES, 1969, t. 2 pp. 503 ss. Et surtout le récent et brillant ouvrage de M. Jacques Heers, Les partis et la vie politique dans l'Occident médiéval, Paris, PUF, 1981 qui, tout en s'appuyant essentiellement sur l'exemple italien, donne une systématisation plus poussée du phénomène que nous qualifierons de pré-partisan dans le seconde moitié du moyen-âge. Aux XIIème et XIIIème siècles, le mot societas est parfois employé - par analogie avec le monde du commerce : "sociétés de tours" regroupées autour d'un donjon seigneurial à l'intérieur de la cité ; "sociétés de portes", plus populaires en principe, réunies par la proximité du lieu stratégique constitué par une porte. Mais la plupart des groupes sont plus inorganiques encore. L'idée d'un antagonisme spécifiquement politique est rare. Dominent les solidarités topographiques, les rivalités familiales, les antagonismes marchands, les conflits sociaux. Même la lutte des guelfes et des gibelins -d'une configuration extrêmement mouvante selon les lieux- ou, dans la Toscane du XIVème siècle, des "noirs" et des "blancs", ne peut aucunement être dite partisane au sens moderne du terme. On ne s'étonnera pas dès lors que de tels "groupes, si malaisés déjà à définir, n'(aient).../...

ce qui concerne l'Angleterre. Pourtant, la notion de parti -dans son sens actuel- n'a pu se dégager que sur une longue période, en toute hypothèse assez tardive. Nous verrons en effet un peu plus loin que cette idée est très étroitement dépendante de l'aptitude de la société à **institutionnaliser** les rapports politiques - c'est-à-dire, sans doute, à acquérir une **mentalité spécifiquement politique**, inconnue de nombre de sociétés dans le temps et dans l'espace. Cette aptitude, qui est le signe et l'un des critères de l'Etat, ne s'est affirmée que lentement -par une véritable **désincarnation** de l'objet de la fidélité politique- entre le milieu de l'époque médiévale et la fin de l'ancien régime, à une date variable selon les pays occidentaux. Tributaires d'une mentalité étatique suffisamment mûrie, les partis au sens moderne n'ont donc pu voir, par étapes, le jour qu'au cours d'un dix-neuvième siècle étendu jusqu'à la première guerre mondiale.

L'on concevra d'emblée qu'une clientèle -même structurée en un système de clientèles plus ou moins coordonnées-, qu'une fidélité personnelle -même stabilisée et articulée en propositions programmatiques souples-, que la formulation apparemment institutionnalisée d'une appartenance ethnique ou tribale non dépassée -reproduisant au sein du "*parti*" une cohérence qui est extérieure à sa problématique- peuvent tendre d'une certaine manière vers l'intégration partisane, mais qu'elles sont autant d'obstacles indépassables non seulement à sa perfection mais même à sa simple maturation.

*

* *

../...

 pas, le plus souvent, de véritable structure : ni cadres institutionnels bien définis, ni chefs ou gouvernements bien établis". Le jeu du clientélisme demeure -comme dans la Rome républicaine- prépondérant sinon exclusif : les rivalités entre grandes familles, parfois sanglantes, sont adoptées par leurs importantes clientèles. La vie politique tend à se réduire à "une hostilité fondamentale entre deux clans" structurés autour d'une ou de plusieurs familles dominantes - alliées selon des modalités toujours complexes.

L'ancienneté de l'emploi du terme "*parti*" ne doit donc pas faire illusion (3). Pour mesurer le degré d'effectivité de la notion de parti à l'occasion de l'étude de cas particuliers appartenant au passé, il faut poser une définition de caractère technique de celle-ci. Dans cette perspective, les directives formulées par MM. La PALOMBARA et WEINER -assez largement admises aujourd'hui- constituent une bonne base de départ.

Selon ces derniers, l'on ne saurait parler -à propos d'instances jouant un rôle dans la vie politique- de parti qu'à la condition que quatre conditions se trouvent cumulativement réunies- ces conditions permettant de distinguer les partis au sens strict non seulement des "*protopartis*" d'autrefois mais aussi d'autres institutions agrégatives qui contribuent, à côté des partis, à l'animation de la vie politique. Ces conditions sont les suivantes : "*Une organisation durable, c'est-à-dire une organisation dont l'espérance de vie politique soit supérieure à celle de ses dirigeants en place ; une organisation locale bien établie et apparemment durable, entretenant des rapports réguliers et variés avec l'échelon national ; la volonté délibérée des dirigeants nationaux et locaux de l'organisation de prendre et exercer le pouvoir, seuls ou avec d'autres, et non pas -simplement- d'influencer le pouvoir ; le souci, enfin, de rechercher un soutien populaire à travers les élections ou de toute autre manière*" (4).

(3) Comme l'observe M. Jean Charlot, Les partis politiques, Paris, Armand Colin, 1971, p. 4, il semble qu'il soit issu du vocabulaire militaire. Au moyen-âge, un parti est une petite troupe, en principe avec une connotation péjorative, une bande en quelque sorte. Ce n'est, semble-t-il, qu'à la période moderne que le concept acquiert un sens plus spécifiquement politique. Dans son ouvrage sur Le vocabulaire politique et social en France de 1869 à 1872, Paris, Larousse, 1962, p. 31, M. Jean Dubois observe justement que "le mot parti est plus ancien dans le vocabulaire politique que le terme de classe dans le vocabulaire social". Mais il n'a au XVIIIème siècle -par exemple sous la plume du cardinal de Retz qui l'emploie volontiers- que le sens peu technique de tendance politique. C'est donc à juste titre que M. Charlot (p. 5) demande que l'on ne cède pas "à l'illusion du langage qui nous incite à croire que sous le même mot de parti se cache la même chose, depuis les Cavaliers et les Têtes rondes jusqu'aux conservateurs et travaillistes, en passant par les Tories et les Whigs".

(4) La Palombara (Joseph) et Weiner (Myron), "The origin and development of political parties" in LaPalombara, Weiner et al., Political parties and political development, Princeton university press, 1966, p. 6 (trad. Charlot, op. cit., p. 22) ; v. aussi les observations de M. Duverger dans son ouvrage classique Les partis politiques, Paris, 8è éd., Armand Colin, 1973, pp. 1 ss.

Une remarque immédiate sur la quatrième de ces exigences qui semble -à première vue- d'une nature un peu différente de celle des autres et comme frappée par la contingence. L'on peut imaginer une structure répondant aux trois premières conditions mais dans laquelle la société politique demeurerait une société partielle par rapport à la société civile - que le suffrage ne soit pas universel ou que l'emprise des élites locales du parti soit assez forte pour que la libre détermination du vote universel demeure complètement, et non partiellement, comme il en va d'ordinaire, illusoire. Mais justement, une telle situation, que l'on pourrait dire semi-partisane -dans laquelle il y aurait institutionnalisation au sommet, jeu politique, et emprise non institutionnalisée à la base, jeu purement social-, apparaît assez largement comme une hypothèse d'école. L'élu d'une clientèle -socialement soudée et hiérarchisée- demeure assez solide et indépendant localement pour pouvoir faire l'économie d'une intégration partisane trop poussée à l'échelon national et d'un lien trop serré entre jeu national et jeu local. Dans le cadre d'une logique aussi naturellement représentative, il demeure libre -dans une large mesure- de nouer et de dénouer des coalitions avec les uns et les autres, sauf à apprécier à son juste poids l'éventuelle efficacité de la pression administrative exercée par les agents du pouvoir d'Etat. Ceci explique l'indiscipline et l'instabilité d'assemblées composées essentiellement de notables - que le suffrage, une nouvelle fois, soit ou non restreint.

Au terme de ces premières observations, il semble possible de ramener les conditions de qualification d'une instance politique comme parti politique à deux :

1° - **L'institutionnalisation.** Il n'y a parti politique qu'à la condition qu'il y ait une suffisante dépersonnalisation du pouvoir au sein d'une instance ainsi qualifiée - une distinction entre les fonctions dirigeantes exercées et les personnes de ceux qui les exercent. Un système dans lequel les notables jouent un rôle décisif ne tend ainsi guère à engendrer des partis politiques au sens strict. L'institutionnalisation s'accompagne naturellement d'une tendance au développement d'une organisation à l'échelon national et à l'échelon local et de procédures permettant un fonctionnement aussi coordonné que possible de l'ensemble - et notamment une bonne articulation du groupe parlementaire, de l'appareil national et des comités locaux.

De même elle emporte un minimum de **programmatisme** : dès lors en effet que le poids ultime des hommes est censé s'affaiblir, celui des idées et des propositions doit se renforcer.

2° - La volonté de conquérir le pouvoir d'Etat. L'institutionnalisation -plus ou moins parfaite- est le propre de toutes les structures privées ou publiques de notre époque, dès lors du moins qu'elles dépassent une certaine dimension - et ceci quel que soit le champ de leur activité, politique, économique, social... Par ailleurs, au sein des instances politiques, certaines peuvent avoir pour but -au moins avoué- de fournir une réflexion (sociétés de pensée) ou d'infléchir la décision au plus haut niveau (groupes de pression), mais non de l'exercer. Tel n'est pas le cas du parti.

Le parti est donc une institution -au sens plein du terme- tournée vers la conquête et l'exercice du pouvoir politique.

Appelée à se mouvoir dans le cadre étatique, cette instance emprunte à l'Etat l'un de ses traits majeurs : l'institutionnalisation du pouvoir. Mais, comme pour l'Etat -je l'ai dit ailleurs-, l'institutionnalisation ne saurait jamais être absolue et la transparence des personnes totale. Il n'y a là qu'une tendance qui s'exprime en plus et en moins. C'est ainsi que la rencontre d'une personnalité et d'une instance agrégative de type partisan n'est pas antinomique avec la qualification de celle-ci comme parti, dès lors du moins que l'autonomie et la capacité de jeu propre de cette instance ne sont pas réduits à rien. L'on peut ainsi se demander si le gaullisme s'est constitué en "parti" -terme qu'il récusait d'ailleurs significativement- entre 1958 et 1969 au moins. De même l'on pourrait contester le caractère de parti véritable du parti libéral démocrate japonais qui n'est en vérité qu'une agrégation de factions -mot au demeurant revendiqué- de type clientéliste.

Bref, de même que tout système politique réalisant une certaine concentration du pouvoir n'est pas un Etat au sens juridique (5), de même toute instance agrégative

(5) Voir nos observations, notamment à la Revue du droit public, 1980, pp. 1490 ss., et dans Administration, n° 116, juin 1982, pp. 41 ss.

constituée en vue de la conquête du pouvoir politique n'est pas un parti dans l'acception ici précisée.

*
* *
*

Il est ainsi possible de dater la naissance des partis au sens moderne du terme du milieu du XIX^{ème} siècle - au moins dans certains pays occidentaux, États-Unis et Grande-Bretagne surtout, l'ère jacksonienne étant dans les premiers comme la réforme électorale de 1832 dans la seconde un point de départ manifeste, et France à un moindre titre.

Dans notre pays en effet, un certain retard doit être observé. Comme l'a bien noté, dans son ouvrage précité, M. DUBOIS, le terme "*parti*" y demeure assez largement synonyme -au milieu du siècle dernier- de mouvance, de tendance, souvent dans le cadre d'une répartition binaire assez souple des opinions. C'est ainsi que l'on a pu, selon les époques, parler de parti libéral, de parti de l'ordre, de parti républicain, de parti monarchiste, de parti conservateur... Ce n'est qu'au début du XX^{ème} siècle que la gauche s'est dotée de véritables partis, la droite ne suivant qu'avec un très sensible décalage.

Il est, dans cette perspective, d'autant plus intéressant d'étudier le "*parti*" légitimiste de 1830 à 1883. Car il a poussé -cela a été confirmé par deux très riches thèses récentes (6)- la structuration de type partisan assez

(6) Changy (Hugues Carpentier de), Le parti légitimiste sous la monarchie de juillet (1830-1948), thèse d'Etat, Lettres, Paris - Val de Marne, 1980, (multig., mais parution prochaine en plusieurs volumes chez Diffusion-Université-Culture) ; Levillain (Philippe), Albert de Mun, la monarchie, la république et l'Eglise (1841-1893), thèse d'Etat, Lettres, Paris - Val de Marne, 1979 (parue en 1983 dans les collections de l'Ecole française de Rome sous le titre Albert de Mun, catholicisme français et catholicisme romain du Syllabus au ralliement). Voir, au sein d'une bibliographie considérable, dont nous donnons de substantiels fragments dans notre ouvrage général sur Le légitimisme, PUF, Que sais-je, 1983, les titres suivants : d'Adhémar, Du parti légitimiste en France, Paris 1843 ; Albert (Pierre), Histoire de la presse politique nationale au début de la troisième république (1871-1879), thèse d'Etat, Lettres, Paris IV, 1977 (Reprod. de Lille, 2 vol., 1980) ; Artz (Frédéric), "Les débuts des partis modernes en France (1815-1830)", Revue d'histoire moderne, 1931, t. 6, pp. 275 ss. ; Bertier de Sauvigny (R.P. Guillaume de), Un type d'ultra-royaliste, le comte Ferdinand de Bertier (1782-1864) et l'énigme de la congrégation, Paris, thèse, .../...

loin, sans parvenir à constituer un parti au sens strict et exigeant que nous avons posé. Nous broserons dans une première partie un bref **tableau des structures partisans** - au sens large- du légitimisme, avant de faire l'inventaire, dans une deuxième partie, des **obstacles qui se sont opposés à une parfaite intégration partisane** de ce courant.

PREMIERE PARTIE : LES ELEMENTS D'UNE STRUCTURATION PARTISANE

Il est possible de regrouper sans abus les multiples étapes de la vie du "*parti*" légitimiste en trois temps principaux : de 1830 à 1851 ; de 1852 à 1871 ; et de 1871 à 1883. La cohérence de leur orientation ressortira avec netteté dans le premier paragraphe de la deuxième partie : d'une époque à l'autre, l'influence -au sens le plus fort- de celui qui était à la fois roi de droit et prince en exil s'est faite de plus en plus pressante.

.../...

Lettres, 1948 ; du même, Documents inédits sur la conspiration légitimiste de 1830 à 1832, Paris, thèse complém., Lettres, 1951 ; Boigne (comtesse de), Mémoires de la comtesse de Boigne, née d'Osmond, Paris, 4 vol., 1907-1908 ; Denis (Michel), Les royalistes de la Mayenne et le monde moderne (XIXè-XXè siècles), Paris, 1977 ; Desjoyeaux (Claude-Noël), Le fusion monarchique (1848-1873), Paris, 1913 ; Dreux-Brézé (marquis Henri, Scipion, Charles de), Notes et souvenirs pour servir à l'histoire du parti royaliste (1872-1883) Paris, 5è éd., 1902 ; Huard (Raymond), "Montagne rouge et montagne blanche en Languedoc-Roussillon sous la seconde République", in Droite et gauche de 1789 à nos jours, Actes du colloque de Montpellier des 9 et 10 juin 1973, Montpellier, 1975, pp. 139 ss. ; Jacquier (Bernard), Le légitimisme dauphinois (1830-1870), Grenoble, 1976 ; Lacombe (Charles de), Vie de Berryer, Paris, 3 vol., 1894-1895 ; Lesparre (Jeanne), "Les partis politiques dans la Haute-Garonne sous la Monarchie de Juillet" in La révolution de 1848 à Toulouse et dans la Haute-Garonne, sous la dir. de J. Godechot, Toulouse, 1948, pp. 31 ss. ; Levillain (Philippe), "Un cheval-léger de 1871 à 1875 : Joseph de La Bouillèrie", Revue historique, 1977, pp. 81 ss. ; Locké (Robert R.), French legitimists and the politics of moral order in the early Third republic, Princeton university press, 1974 ; Meaux (Vicomte de), Souvenirs politiques, 1871-1877, Paris 1905 ; Nettement (Alfred), Appel aux royalistes contre la division des opinions, Paris 1843 ; Noailles (Marquis Hélié de), Le bureau du Roi (1848-1873), Paris 1932 ; Tudesq (André-Jean), Les grands notables en France (1840-1849), Etude historique d'une psychologie sociale, Paris PUF, 2 vol., 1964.

§ 1 - DE 1830 A 1851

Le légitimisme fut presque toujours doté -au moins jusqu'en 1871- d'une structure classique à deux échelons : un comité parisien -sous divers noms- et des comités locaux -plus ou moins denses et dans le cadre de circonscriptions variables, le département se trouvant toutefois privilégié.

D'après les archives BERTIER, l'on sait qu'il y eut dès 1831-1832 un **Comité central** (7). De ce comité dépendaient plusieurs commissions spécialisées : journaux et presse ; organisations populaires et paramilitaires de Paris ; organisations de province ; armée et officiers démissionnaires ; relations avec le corps diplomatique et les correspondants à l'étranger ; chambre des députés. Une telle instance avait cependant -à la veille du soulèvement de la duchesse de BERRY- des objectifs spécifiquement insurrectionnels et elle coiffait -nous y reviendrons- un jeu complexe de sociétés secrètes.

Plus conforme à l'idée de structuration partisane, un **Comité national de coordination** fut installé par CHARLES X en septembre 1833 (8). Son efficacité fut faible : comme l'a noté M. de CHANGY, la plupart de ses membres résidaient à la campagne.

La mise en place, en accord du roi CHARLES X et du premier congrès légitimiste clandestin -le **Congrès des délégués des comités locaux- du Comité d'union et de correspondance** devait marquer, en 1836, la véritable naissance d'un élément de parti royaliste. Le congrès réunissait les délégués de 49 départements. Surtout le comité, jouissant d'une bien meilleure représentativité, allait fonctionner de façon plus régulière (9). Un secrétaire

(7) Il regroupait notamment Conny, Clausel de Coussergues, le duc de Lévis et, bien sûr, Ferdinand de Bertier, bientôt remplacé cependant par Kergorlay.

(8) V. Changy, pp. 255 ss. ; il était présidé par le général de Latour-Maubourg -qui démissionna en 1834 du fait des manoeuvres "carlistes" (sur ce concept, voir mon Légitimisme, pp. 15 ss.)- et comprenait Pastoret, Pradel, Villèle et ... Chateaubriand.

(9) Sur ses 7 membres, 3 étaient parlementaires - conformément à la nouvelle ligne du parti (Berryer, Dugabe, Hennequin). D'Hautpoul et Foissac-Latour étaient les hommes du roi au sein du comité. Les deux principaux organes de la presse royaliste étaient représentés, la Quotidienne par son actionnaire le duc de Valmy et la Gazette de France par Clausel de Coussergues.

général était chargé d'assurer la continuité de la gestion des dossiers et de la correspondance (10). A l'échelon national plusieurs commissions devaient en principe se réunir hebdomadairement : commission pour les élections et la correspondance avec les départements ; commission pour la presse ; commission pour la réforme électorale (à partir de 1839) ; commission pour la liberté de l'enseignement (à partir de 1844). A l'échelon local, les comités étaient de plus en plus nombreux et -semble-t-il- de mieux en mieux fédérés par le comité de Paris. Comme l'a montré avec détails M. de CHANGY, le but était d'implanter un comité par arrondissement électoral. Il ne fut cependant atteint que dans les zones les plus ardemment royalistes et la plupart des régions durent se contenter de comités départementaux (11). Si l'on en croit M. de CHANGY, ces comités locaux fonctionnaient de façon fort libérale et la technique élective tenait une large place dans leur formation. Il est vrai que l'électorat censitaire, seul admis au vote, était réduit.

Le **Comité d'union et de correspondance** fut remodelé en 1841 (12). Une simple assemblée générale d'une quarantaine de personnes procéda à l'élection d'un nouveau comité nettement dominé par les amis de BERRYER -c'est-à-dire par les tenants de la ligne parlementaire. A la suite de cette modification, le "*parti*" va entrer en crise (13). Les protagonistes de cette crise étaient au premier chef les légitimistes parlementaires et les royalistes nationaux -beaucoup plus radicaux- regroupés autour de GENOUDE et de son journal la **Gazette de France**. Bien que les plus grandes difficultés aient été dépassées à la suite du "*pèlerinage*" des royalistes à Londres -à Belgrave square- auprès du Comte de CHAMBORD à la fin de 1843, le comité sortit affaibli de ce conflit et ne mena plus qu'une vie languissante. L'essentiel de l'activité se concentra dès lors dans le groupe parlementaire et dans la presse.

(10) Successivement Léo de Laborde de 1840 à 1845 puis, jusqu'en 1851, A. de Barthélémy.

(11) M. de Changy constate que des villes aussi importantes que Arras, Châlon, Rouen, Reims ou Mâcon n'eurent pas de comité sous le régime de Juillet.

(12) V. Changy, **op. cit.**, p. 862.

(13) Pour un résumé de cette crise, v. notre ouvrage, Le légitimisme, pp. 19 s.

Des congrès clandestins, annuels, à partir de 1845, regroupaient en principe les délégués de la presse royaliste de province mais tendaient en fait à devenir de véritables congrès du "*parti*" légitimiste.

Sous la Seconde République, comme on le verra, le Prince tenta de reprendre en main les instances royalistes. Ce fut la circulaire de WIESBADEN, rédigée le 30 août 1850 par BARTHELEMY, le secrétaire général d'un **Comité d'union et de correspondance** qui n'existait plus guère, comme instance véritablement dirigeante, que sur le papier - tout en continuant à bénéficier de locaux rue Saint- Florentin. Le contenu de ce document avait en réalité été dicté par le comte de CHAMBORD. Celui-ci formait un nouveau comité en désignant "*les hommes qu'il déléguait en France pour l'application de sa politique*". C'était le "*Comité des 5*" (14). Mais bientôt, l'auguste exilé dut reculer sous la pression des royalistes parlementaires qui admettaient mal un encadrement trop rigide (15). Sept nouveaux membres -pour l'essentiel partisans de BERRYER (16)- firent leur entrée au comité, désormais "*Comité des 12*".

Mais, ce qu'il avait manqué en 1850, le Prince fut à même de le réussir au lendemain du coup d'Etat du 2 décembre.

§ 2 - DE 1852 A 1871

A la veille du coup d'Etat, les tenants de la ligne parlementaire avaient montré leur impéritie : l'assemblée s'était montré incapable d'une action efficace. Le Prince put ainsi procéder, sans difficultés, à la dissolution du "*Comité des 12*". NOAILLES narre en ces termes la remise en ordre du parti : "*A l'instigation de M. d'ESCUNS, le Prince institua, à la place du Comité des douze, un conseil, sorte de directoire, dont tous les membres étaient égaux entre eux et devaient être présidés par le duc de LEVIS quand il viendrait à Paris, ou par le duc des CARS ou le général de SAINT-PRIEST, auxquels furent adjoints*

(14) Il comportait -dans l'ordre- le duc de Lévis, le général de Saint-Priest, Berryer, le marquis de Pastoret et le duc des Cars.

(15) Sur cette crive, v. notre Légitimisme, pp. 68 ss.

(16) Il s'agissait des ducs de Noailles, de Clermont-Tonnerre et de Valmy, du comte de Falloux, du vicomte de Rainneville, de Vatimesnil et de Benoist d'Azy.

le marquis de RAINNEVILLE et M. DELAVAU, fils d'un préfet de police de la Restauration. A ce Comité des cinq fut ajoutée une sous-commission de six membres dite "le bureau du roi". La France fut partagée en circonscriptions attribuées à chacun des membres du bureau. Ceux-ci étaient tenus de visiter leurs circonscriptions au moins une fois par an et d'avoir des correspondants dans chaque département".

Le Conseil n'était en vérité pas appelé à jouer un rôle important dès lors que le Prince assurait la direction effective du mouvement. Ses membres moururent d'ailleurs peu à peu et ne semblent pas avoir été très régulièrement remplacés (17).

Le Bureau du roi devait donc, pendant vingt ans, jusqu'à sa suppression, être l'instance décisive. Mais avec une mission en vérité limitée : actif -il se réunissait hebdomadairement-, il n'était, selon l'expression de NOAILLES, qu'un "organisme à la fois de renseignements et d'exécution (qui) eut pour mission de faire connaître aux royalistes la pensée du Prince et d'instruire celui-ci de l'état de l'opinion". Tout au plus pouvait-il "en outre prendre l'initiative de projets à soumettre au comte de CHAMBORD". Selon de MÉAUX, les membres du Bureau étaient quasi-permanents et touchaient un "traitement modeste".

C'est cette structure -amoindrie par les décès (18)- qui vola en éclat lors du manifeste de Chambord du 5 juillet 1871 (19), du fait de l'opposition au Prince de son directeur, LA FERTE-MEUN.

(17) En 1871, semble-t-il, il était plus ou moins présidé par le comte de Blacas et comprenait le comte Edouard de Monti de Rézé, le marquis de Vanssay, Joseph de Carayon-Latour et Joseph de la Bouillèrie. C'est à M. Levillain que nous empruntons cette liste qu'il croit curieusement être celle du Bureau du roi (op. cit., éd. multig., p. 465).

(18) Initialement, le Bureau -installé rue de Verneuil- comprenait l'avocat et ancien secrétaire de l'Assemblée législative Chapot, chez qui se tenaient les séances, l'ancien député méridional de Surville, le comte Fernand de la Ferronnays, l'ancien chef du cabinet du ministre de l'Intérieur sous Polignac, d'Escuns, le comte Albert de Circourt, marin démissionnaire en 1830 devenu journaliste et écrivain, et enfin de marquis de la Ferté-Meun. C'est ce dernier qui le dirigea. Le Bureau demeura durablement en l'état avant d'être éprouvé par la mort.

(19) Sur le manifeste dit du "drapeau blanc", voir notre ouvrage précité, pp. 84 ss., et notre article "L'affaire du drapeau blanc", L'histoire, septembre 1983.

§ 3 - DE 1871 A 1883

A partir de 1871, il n'y eut plus de véritable instance collégiale à Paris. Les deux seuls pôles du "parti" -si on excepte un groupe parlementaire dont on verra plus loin et la périlleuse autonomie et l'irréductible division- étaient le Prince et les comités locaux avec la volonté manifeste de rendre les intermédiaires aussi transparents que possible.

Le comte de BLACAS était le **représentant** du Prince en France. Mais cette fonction ne correspondait pas à une direction centralisée à son profit. Il était d'ailleurs fréquemment auprès de son maître, à Frohsdorf ou ailleurs. Comme le montre DREUX-BREZE -extrêmement précieux sur cette ultime période- il y avait simplement des coordonnateurs régionaux : d'ESCUNS supervisait le centre, le sud et le sud-ouest, BLACAS le sud-est, Edouard de MONTI de REZE l'ouest, DREUX-BREZE lui-même l'est, le nord et le nord-ouest. A Paris vingt comités d'arrondissement fonctionnaient sous la haute responsabilité de Gabriel de SAINT-VICTOR.

Tout au plus évolua-t-on vers une certaine prédominance, à côté de BLACAS, de DREUX-BREZE. Celui-ci en effet, au décès de d'ESCUNS en 1876, reprit l'essentiel de sa zone, à l'exception de quelques départements attribués à Joseph du BOURG. A la mort de MONTI, en 1877, la même opération fut renouvelée à l'exclusion d'une poignée de départements bretons laissés au frère d'Edouard, Alexandre de MONTI (20). Ainsi DREUX-BREZE "couvrait" -il, en 1877, 55 départements. Il remplaçait BLACAS lorsque celui-ci était auprès du Prince. Mais, comme on y reviendra, une telle coordination était définitivement insuffisante.

DEUXIEME PARTIE : LES OBSTACLES A L'INTEGRATION PARTISANE

Le mouvement royaliste a souffert de plusieurs maux qui lui ont interdit de devenir un parti au sens plein du terme : une excessive dispersion doctrinale entretenue

(20) Il ne faut pas confondre Edouard et Alexandre de Monti avec l'auteur d'intéressants souvenirs sur le comte de Chambord René de Monti de Rézé. Ce dernier était de la génération suivante.

par la presse du courant ; un hiatus entre l'"appareil" et le groupe parlementaire souvent contaminé par le climat des chambres ; un localisme souvent étroit dû au poids des notables ; un activisme plus ou moins clandestin s'épanouissant souvent en marge des instances officielles ; l'irrégularité du financement.

A côté de ces maux, il ne faut pas négliger un facteur intrinsèque, propre à la qualité de parti monarchiste et que l'on retrouve peu ou prou dans toutes les organisations de cette nature (21). Les relations entre le Prince et une instance politique ne peuvent être simples.

§ 1 - Une tension propre aux partis monarchistes : le parti et son Prince, autonomie et dépendance

Dans un premier temps, au lendemain des "*glorieuses*", la liberté d'initiative des royalistes de l'intérieur apparaît des plus larges. Comme l'écrit M. de CHANGY, "*la faiblesse du roi, abandonnant ses partisans à eux-mêmes, inclinera les royalistes à se constituer en parti, et à agir de façon autonome*".

Mais cette liberté -au demeurant dangereuse car elle ne parvenait pas à accoucher d'une véritable unité de direction- se trouva bientôt affrontée non seulement à une volonté de reprise en main de la famille royale mais à des interventions contradictoires des divers membres de celle-ci. L'on retrouvait les difficultés déjà rencontrées entre 1789 et 1814 - lorsque les divergences d'appréciation de LOUIS XVIII et de Monsieur, futur CHARLES X, entretenaient la rivalité des réseaux (22).

En 1831 et 1832, il est manifeste que, sinon CHARLES X, du moins le duc de BLACAS, son fidèle conseiller, cherche à entraver l'action de la duchesse de BERRY.

(21) Après 1883, la question se posera dans les mêmes termes pour les princes d'Orléans. Sans même parler du conflit avec l'Action française, en vérité très particulier, on se reportera au subtil ouvrage de M. Levillain, Boulangier, fossoyeur de la monarchie, Paris, Flammarion, 1982, qui montre la complexité des liens entre les monarchistes de l'intérieur et le prétendant exilé et qui souligne le handicap engendré par une telle situation d'un point de vue décisif en politique : celui du temps de réponse de l'"appareil" aux stimuli de la vie publique.

(22) Voir la récente et utile biographie de Louis XVIII par M. Philip Mansel, Paris, Pygmalion, 1982.

Cet antagonisme se poursuivra bien après l'exclusion du jeu politique de cette dernière. BLACAS, incarnation du "carlisme" pur essaiera de freiner -notamment par la création du journal **La France-** le mouvement "henriquin-**quiste**" fondé sur les abdications de Rambouillet et désireux de promouvoir un royalisme rajeuni et mieux adapté à l'air du temps (23). L'on ne s'étonnera pas dans ces conditions que le peu actif **Comité national de coordination** fondé en 1833 par CHARLES X (v. *supra*) ait été en presque continuelle opposition sinon avec le Prince du moins avec BLACAS.

En 1836, la tendance à l'émancipation du royalisme de l'intérieur s'amplifia. CHARLES X n'eut qu'à approuver la composition du **Comité d'union et de correspondance** qu'avait élu un congrès légitimiste clandestin et il n'y comptait que deux vrais fidèles, les généraux d'HAUTPOUL et de FOISSAC-LATOUR.

L'attitude du duc d'ANGOULEME -LOUIS XIX- s'inscrit dans la continuité de celle de son père. Et l'on peut ainsi considérer que la période qui va de 1830 à 1844 vit une **autonomie relative des instances partisans internes** par rapport à l'autorité royale. A condition d'ajouter que les intrigues de l'exil pouvaient retentir de façon complexe sur le mouvement royaliste.

Le comte de CHAMBORD maintint d'abord une pratique identique. Lorsqu'il reçut les principaux responsables du "parti" à Venise, en septembre 1844, après la mort de son oncle ANGOULEME, il s'affirma soucieux de leur laisser une suffisante autonomie. C'est ainsi qu'il se refusa à trancher dans des affaires aussi décisives que celles du serment et de l'abstentionnisme électoral. Il écrivait à SAINT-PRIEST le 22 janvier 1848 qu'il voulait garder "réserve, prudence et circonspection" à l'égard des affaires françaises (24).

Il semble toutefois que dès lors une certaine inflexion puisse être observée. Ses prédécesseurs recevaient un certain nombre de fidèles, seuls ou en délégations. Mais avec HENRI V cette figure prit une ampleur considérable (25). Par la force des choses, l'influence du Prince

(23) Sur ce point voir notre Légitimisme, pp. 15 s.

(24) V. Changy, pp. 965 ss.

(25) L'on se reportera à notre article "Les chemins de la fidélité : les royalistes français à l'étranger (1830-1833)", La légitimité, 1983, N° 30.

se trouvait renforcée par ce biais - non sans dysfonctions parfois : des interprétations contradictoires s'affrontaient au retour du "*pèlerinage*" et beaucoup pouvaient se croire à tort mandatés en tel ou tel sens alors que le Prince n'avait été qu'attentivement courtois comme à son habitude.

Après l'échec de la restauration par la voie parlementaire sous la Seconde République et le succès du coup d'Etat, HENRI -nous l'avons vu dans la première partie- s'employa à reprendre en main le mouvement, ce à quoi il n'était pas parvenu par sa circulaire de Wiesbaden de 1850. Le Prince, on l'a dit, ne voulait rien de plus à Paris qu'un "*bureau de communications*", chargé de faire remonter l'information et descendre les consignes, un centre de tri. Cette démarche était d'autant plus aisée que le groupe parlementaire se trouvait anéanti.

Comme le confirmera une lettre-manifeste de La FERRONNAYS en date du 19 mai 1852, le Prince "*se met lui-même et lui seul à la tête de son parti et veut en être vraiment le chef*". Ledit "*parti*", de plus en plus **départementalisé** et **démédiatisé**, n'avait plus guère de vie propre. Et cette tendance fut encore renforcée après la dissolution du **Bureau royaliste** au début de l'été 1871 (v. supra).

Nombre de royalistes demandèrent par la suite au comte de CHAMBORD de rendre une tête au "*parti*". Il s'y refusa toujours (26). Il serait excessif, pour la fin de la période, de parler ainsi d'une dyarchie BLACAS - DREUX-BREZE. Le Prince demeurait en contact direct et permanent avec chaque comité départemental, on y reviendra. A quelques mois de sa fin, en février 1883, ne recevait-il pas encore les 86 présidents des comités royalistes ? (27).

(26) V. Levillain, éd. multig., p. 465.

(27) M. Levillain décrit simplement une entorse -précaire au demeurant- à ce refus d'instances nationales sérieuses. Joseph de la Bouillerie et Albert de Mun obtinrent du Prince la constitution au début de 1877 d'un secrétariat de travail dont La Bouillerie fut le secrétaire général. Il comportait 4 sections : propagande (Albert de Mun et Mayol de Lupé), fondations (Robert de Mun), finances (Barbercy), renseignements (Saint-Victor). Il y avait trois réunions hebdomadaires : le lundi matin chez La Bouillerie, la mardi soir chez Dreux-Brézé, et un autre jour avec les rédacteurs en chef des grands journaux amis, l'Union, la Gazette de France, et les feuilles ultramontaines le Monde et l'Univers.

§ 2 - La dispersion doctrinale : le parti et sa presse

La presse royaliste fut nombreuse, vivante et souvent originale, surtout sous la monarchie de Juillet et la Seconde République (28). Bien souvent elle joua son rôle de concert avec les autorités nationales ou locales du parti. Mais -outre le fait qu'il n'y avait pas là une garantie d'homogénéité car la sensibilité des comités locaux variait sensiblement- ce ne fut pas toujours le cas. A l'échelon national, la presse eut souvent la prétention de rivaliser avec le "*parti*" sur son propre terrain.

Nous ne mentionnerons qu'assez brièvement le cas de l'**Echo de la Jeune France**, auquel M. de CHANGY a consacré de substantiels développements. Lancée en avril 1833 par l'avocat Jules FORFELIER et le brillant journaliste Alfred NETTEMMENT, cette revue visait une jeunesse à la fois religieuse, royaliste, éprise de libertés et plutôt romantique. Le succès fut considérable et l'on comptait 9500 abonnés en 1834 (29). Bientôt furent créés à travers le pays une soixantaine de **comités littéraires Jeune France**. Le mouvement -puisqu'il s'agissait de cela désormais- entretenait autour du jeune duc de BORDEAUX (il ne prit le titre de comte de CHAMBORD que plus tard) un climat tout à la fois littéraire et populaire de ferveur. A proprement parler "*henriquinquiste*" (30), il diffusait avec ardeur de petits objets alimentant la "*piété*" royale (31) et des brochures. A une époque où la structuration locale du "*parti*" demeurait faible, ce mouvement trop indépendant, bientôt doté d'un véritable groupe de presse (32), représentait un véritable danger pour le développement d'un parti homogène. Son érosion fut toutefois rapide et la revue -devenue **Echo de France**- disparut en 1837.

Le phénomène du quotidien la **Gazette de France** fut beaucoup plus important sur la longue durée et infini-

(28) Voir surtout les ouvrages de MM. de Changy et Albert. Et Le légitimisme, pp. 108 ss. pour un aperçu général.

(29) Ils recevaient une médaille sur laquelle on lisait notamment : "c'est à nous qu'appartient l'avenir !" et : "Christianisme, Franchises nationales".

(30) V. supra la note 23.

(31) V. notre Légitimisme, p. 38.

(32) Avec des almanachs (Almanach de la bonne duchesse pour 1833 ; Calendrier de France, almanach du Peuple), un périodique populaire (la Veillée du peuple), des publications pour l'enfance (Livre des enfants Nouveau Plutarque des enfants).

ment plus redoutable. Conduite par GENOUDE -assisté de LOURDOUEIX- la **Gazette** était l'organe du "*royalisme national*", système complexe alliant légitimisme, aspiration au régime représentatif et gallicanisme - courant animé surtout par des personnalités peu commodes et jalouses de leur indépendance tant vis-à-vis des instances du "*parti*" que du groupe parlementaire. Facteur à la fois de richesse et de crise pour le légitimisme -notamment entre 1841 et 1843 (33), le "*royalisme national*" dérapa de plus en plus vers ce que le royaliste périgordin, rallié à JUILLET, CALVIMONT qualifia de "*phraséologie mystico-démocratique*" (34). Sous la Seconde République, cette surenchère démagogique déboucha sur l'exigence de l'"*appel au peuple*" pour la restauration monarchique (35) et sur le développement d'un courant dit de la "*montagne blanche*", fort surtout dans le midi et prompt à l'agitation antiparlementaire et populiste. Ce courant -qui ne survécut pas à 1851- disposait d'autres organes de presse (36), d'assez nombreux comités locaux -les **Cercles du droit national**- et d'une instance parisienne de coordination -mal connue-, le **Comité du droit national** (37).

Au début des années soixante, la **Gazette** ne rentra qu'apparemment dans le rang. Son nouveau directeur, JANICOT, favorable à la ligne du légitimiste parlementaire BERRYER, lui fit abandonner définitivement les outrances du "*royalisme national*". Mais il la transforma, selon l'expression de LACOMBE, en "*organe de l'Union libérale*", c'est-à-dire de la ligne favorable à la participation élec-

(33) Voir les longues et pénétrantes analyses de M. de Changy et Le légitimisme, pp. 19 s.

(34) Genoude n'hésita pas à créer, en vue de la réforme électorale qui était l'une de ses obsessions, une Société des réformistes en 1846. -De 1843 à 1846, il avait dirigé le quotidien la Nation avec l'appui d'hommes de gauche.

(35) V. notre article "Les royalistes français et le suffrage universel au XIX^e siècle", à paraître dans Pouvoirs à la fin de 1983.

(36) Notamment, dans le midi, l'Etoile du Gard et l'Etoile du Roussillon.

(37) Présidé par le baron de Croze. Dans le midi, à cette époque, l'électorat "*royaliste national*" se distingue de plus en plus nettement de celui du royalisme conservateur fondu dans le "*parti de l'ordre*". C'est ainsi qu'à la fin de 1849, lors d'une partielle dans le Gard, si le montagnard Favaud est élu avec plus de 34.000 voix contre le légitimiste présenté par le "*parti de l'ordre*" du Grail (23.000 voix), Lourdoueix obtient -sous l'étiquette "*montagne blanche*"- plus de 11.000 voix presque exclusivement populaires et urbaines. Voir, sur la "*montagne blanche*", l'article précité de M. Huard.

torale dans le cadre d'une large union de l'opposition à l'Empire, contre les directives abstentionnistes des instances officielles du "*parti*" et notamment du comte de CHAMBORD. Cette tonalité demeura celle du journal jusqu'au bout et contribua à en faire un instrument pour le moins peu docile.

Ainsi, tout au long de la période, les tensions doctrinales du légitimisme eurent-elles tendance à se formaliser au travers de la rivalité d'organes de presse plus ou moins indisciplinés. A l'extrême ceux-ci, on l'a vu, n'hésitèrent pas à se doter de structures de type partisan concurrentes des instances officielles.

§ 3 - La contamination parlementaire : le parti et son groupe

Moins originale mais peut-être plus grave encore, la permanente tension entre le groupe parlementaire et les instances dirigeantes du mouvement fut sans doute l'un des facteurs importants de l'échec final d'une troisième restauration monarchique.

Le groupe parlementaire s'attacha toujours à conserver une suffisante autonomie vis-à-vis des structures supérieures du "*parti*" -qu'il ne domina pas le plus souvent- et, lorsque celui-ci eut effectué une reprise en main, à l'encontre du Prince lui-même.

Sous la monarchie de Juillet, les pairs se réunissaient chez de duc de NOAILLES et les députés chez BERRYER. La ligne parlementaire de ce dernier -qui prédominait au sein des groupes- n'était certainement pas la plus répandue à la base du mouvement. Peu à peu une idée fit son chemin dans l'esprit des parlementaires légitimistes - celle qu'ils bénéficiaient, du fait de leur élection, d'une onction propre et qu'ils étaient **fidèles au Prince légitime par surcroît**. Cette volonté d'indépendance se manifestait jusque dans l'organisation des campagnes électorales : elles étaient conduites par un "*comité électoral*" **ad hoc**, assisté d'instances spécialisées.

Ces tendances se renforcèrent encore sous la Seconde République avec la dilution relative du légitimisme parlementaire au sein du "*parti de l'ordre*" qui réunissait l'ensemble de ses députés -appartenant aux diverses familles

conservatrices- dans la **Réunion du Conseil d'Etat** (dite encore du **Quai d'Orsay**). Même si les légitimistes prirent l'habitude, à partir de 1849, de se retrouver séparément dans la **Réunion de la rue de Rivoli**, la tendance à l'"*auto-nomination*" du groupe ne décrût pas - on le vit lors de l'incident de la circulaire de Wiesbaden (voir *supra*) (38).

Et l'on aboutit en fin de compte à la fin de 1871, à un moment crucial, à l'éclatement du royalisme parlementaire en deux groupes assez nettement séparés en fonction de leur plus ou moins grande autonomie par rapport au "*parti*" alors incarné, ainsi qu'on l'a vu, par le comte de CHAMBORD lui-même : d'un côté une soixantaine de députés fréquentaient -c'était l'extrême-droite, proche du Prince- la **Réunion des Cheval-légers**, impasse du même nom à Versailles ; de l'autre, le double environ de représentants -la "*droite modérée*"- se retrouvait à l'Hôtel de France, rue Colbert à Versailles, d'où le nom de **Réunion Colbert** (39). Ces derniers, tiraillés entre leur fidélité royaliste et leurs aspirations plus ou moins libérales et parlementaires, moins convaincus parfois de la souveraineté du roi que de celle de l'Assemblée nationale, étaient la proie facile des intrigues du monde orléaniste.

§ 4 - Le localisme : le parti et ses notables

Le localisme du mouvement royaliste fut naturellement toujours puissant. Ce trait était indissociable du rôle en son sein des notables ruraux et -à un moindre titre après le milieu du siècle- urbains. Il y avait là un obstacle à l'intégration partisane au plan national.

Ce localisme n'était pas inhérent à la structure particulière du "*parti*". Il allait de soi qu'il convenait, pour être efficace -et simplement pour accéder au statut de parti véritable tel que nous l'avons brossé en introduc-

(38) Pour mémoire, car on lit beaucoup d'approximations sur ce point, rappelons après Lacombe que -parmi les membres du "parti de l'ordre" : les bonapartistes se retrouvaient alors à la Réunion des Beaux-Arts ; les partisans d'une bonne entente avec l'Élysée tout en demeurant plutôt monarchistes "fusionnistes" (sur ce concept, Le légitimisme, pp. 67 s.) se rencontraient à la Réunion du café de Paris dite aussi, du nom de la rue, des Pyramides (par ex. Broglie, Daru, Montalembert) ; les "fusionnistes" les plus sincères se regroupaient autour de Molé dans la Réunion de la rue de l'Université.

(39) Sur la dualité des groupes royalistes à l'Assemblée, voir Le légitimisme, p. 86 et pp. 88 et s.

tion- que celui-ci ait des ramifications locales. Il ressort au contraire des instructions de HENRI V qu'il ne voyait dans les instances locales qu'un relai pour l'impulsion venue d'en haut. Comme l'écrit DREUX-BREZE : *"Mgr. avait prescrit à mes prédécesseurs et il continuait, en 1872, à prescrire l'institution, dans chaque département, d'un comité royaliste, secondé par des sous-comités d'arrondissement se rattachant à ce comité par certains liens, subordonnés à ses décisions, et aussi la fondation, partout où elle serait possible, d'un journal dirigé par l'autorité royaliste locale en même temps que soumis à une inspiration supérieure visant la presse légitimiste tout entière"*.

En conformité avec cet esprit, DREUX-BREZE aurait voulu généraliser un modèle uniforme d'organisation départementale. Avec, à l'échelon du département, un président et un comité central de 20 membres, tous nommés par le Prince -les seconds sur présentation du président- et se réunissant tous les deux mois au moins. Et, à l'échelon de l'arrondissement, un président et un sous-comité d'arrondissement de 20 membres lui aussi -nommés par le président départemental. Lors des réunions des instances départementales, un procès-verbal en 3 exemplaires devait être rédigé. L'un était conservé par le comité départemental. Deux étaient expédiés au représentant du Prince pour l'une des grandes zones régionales (voir *supra*) qui envoyait à son tour l'un des deux au comte de CHAMBORD.

Mais, même dans les années soixante-dix, la moitié seulement des départements jouissaient d'une structure complète de l'aveu de DREUX-BREZE. Et il y eut toujours quelques départements sans comité royaliste.

Même dans les cas favorables, il y a tout lieu de penser qu'il y avait là bien souvent un plaquage un peu abstrait sur des réalités sociales complexes. Certes, la pyramide était irriguée par un jeu (trop ?) abondant de **circulaires** venues du sommet. Il y eut même, dans les dernières années, comme le montre M. LEVILLAIN, une tentative d'Albert de MUN, dont le succès fut inégal, pour organiser dans les départements des conférences prononcées par des orateurs nationaux. Mais il est juste de dire qu'à la base -du fait de la complexité du jeu des relations inter-personnelles- la machine grippait. L'influx descendait mais il n'était qu'à demi-efficace dès lors qu'il s'agissait de passer du cadre abstrait de l'autorité

départementale à celui de l'arrondissement, du canton ou du village. M. LEVILLAIN a mis en évidence -à propos de la circonscription d'Albert de MUN, dans le Morbihan- la relative marginalité du président du comité, LAMBILLY, qui n'était pas même un élu et qui faisait piètre figure à côté des grands seigneurs qui avaient un accès plus facile et plus direct au Prince et qui -pour être des fidèles- ne pouvaient se résoudre à devenir des militants disciplinés. Le **jeu mondain** -ou tout simplement **social**- court-circuitait ainsi bien souvent le **jeu politique** strict.

Le même auteur insiste aussi très justement sur les vices inhérents au lien direct des responsables locaux avec le Prince. Ceux-ci, on l'a dit, étaient investis par un "bref" royal, ce qui "laissait à chacun l'illusion -écrit M. LEVILLAIN- d'être le dépositaire d'une parcelle de l'autorité du comte de CHAMBORD, à raison même du principe selon lequel chacun lui agréait". D'où le refus -non seulement au sommet comme on l'a déjà dit, mais aussi à la base- de tout ce qui aurait pu sembler être une reprise en main parisienne. M. LEVILLAIN montre ainsi que lorsque de MUN en 1881 veut organiser un cycle de conférences, avec l'appui du comte de CHAMBORD, quelques comités ne lui répondent même pas. Finalement, ces conférences n'auront lieu que dans la moitié des départements. Le même auteur met aussi en évidence le fait que le **comité électoral** de tous les légitimistes, enfin réunis en 1877 -sous la présidence du duc de La ROCHE-FOUCAULD-BISACCIA- n'est pas parvenu à coordonner l'action des comités départementaux, trop jaloux de leur indépendance. Tout "*parachutage*" d'un candidat était non seulement délicat mais aléatoire. Albert de MUN le comprit bien dans le Morbihan, bien qu'il finit par réussir, en dépit d'une procédure sophistiquée de désignation des candidats, dont le caractère "*démocratique*" visait à entretenir le localisme (40).

Ainsi, la puissance sociale des notables, la faiblesse puis la **quasi**-inexistence d'un centre parisien, le lien direct de l'échelon départemental et du Prince exilé, mal à même de donner des instructions adéquates et immédiates, tous ces traits favorisaient au plus haut point l'épanouissement d'un localisme à la fois mal adapté au jeu politique -le **social** et le **politique** rivalisant-, rebelle -vis-à-vis de

(40) Les délégués locaux votaient sur les noms qui leur étaient soumis.

Paris-, inefficace -la "centralisation" départementale demeurait relative- et frileux -dépendant du Prince, on craignait de prendre des initiatives susceptibles de le mécontenter.

§ 5 - L'activisme : le parti et les instances clandestines

Les instances officielles du mouvement ne parvinrent jamais à fédérer l'ensemble des initiatives plus ou moins clandestines. Tant que le royalisme eut pour stratégie la prise du pouvoir par la force, un certain lien put être maintenu. M. de CHANGY rapporte qu'en 1831 l'articulation du groupe parlementaire et des sociétés secrètes était ainsi opérée en principe par une réunion régulière chez le député BLIN de BOURDON.

Mais l'ampleur des ramifications des sociétés secrètes au début de la monarchie de Juillet comme la nature propre du mode d'action choisi excluaient une trop grande transparence (41).

Ainsi, en 1830-1831, furent créées par Ferdinand de BERTIER trois associations gigognes : les **Amis de l'ordre**, les **Amis de la fidélité** et les **Amis de la légitimité**. Y participer impliquait un degré d'exigence variable. Les **Amis de l'ordre** regroupaient des "dizaines" et des "centuries" locales cloisonnées. Les membres ne s'engageaient pas au delà du paiement d'une cotisation, d'une certaine entraide et d'une action pour l'essentiel tournée vers la presse (42). Les **Amis de la fidélité** devaient eux verser 5 % du montant de leurs impôts pour aider à l'aménagement de l'exil royal. Les **Amis de la légitimité** n'étaient ouvert qu'aux plus ardents, prêts à agir par tous les moyens.. .. même légaux. Leur structure reproduisait celle de l'administration avec un conseil supérieur national, des conseils généraux dans les villes dotées d'une cour royale, des conseils particuliers dans les chefs lieux de départements, des sections dans les chefs lieux d'arrondissement. Il s'agis-

(41) Sur ce qui suit, voir, outre les ouvrages de MM. de Bertier de Sauvigny et de Changy, l'article précité de Mme Lesparre.

(42) C'est ainsi que par l'intermédiaire d'un Comité de l'esprit public, cette association créa en novembre 1830 une très active Société pour la publication de brochures, dirigée par Nicolas Benoist et éditée chez Dentu, qui prit en 1831 pour nom la devise des "verdets" : Fais ce que dois, advienne que pourra...

sait d'une machine complexe, avec des informateurs dans les ministères et des correspondants à l'étranger (43). Sans doute active en 1832, il est difficile d'en apprécier l'ampleur et l'efficacité.

Localement il y avait aussi des sociétés secrètes parfois non négligeables, parfois camouflées en loges maçonniques dans le midi. Mme LESPARE les a étudiées pour la région toulousaine. A Toulouse, l'**Association légitimiste**, dirigée par VILLELE, revêtait des formes religieuses mais poursuivait en réalité des buts politiques. Les affidés payaient cotisation et se liaient par un serment. A sa tête, un conseil portant le nom de **Grand-prieuré** se réunissait chez VILLELE ou le marquis d'HAUTPOUL. L'association rayonnait dans les départements voisins : au chef-lieu de chacun, un Petit-prieuré coordonnait l'action. Une **organisation civile inférieure** gérait les fonctions les plus avouables.

Particulièrement actives -et pas seulement chez les royalistes- au début de la monarchie de Juillet, les sociétés secrètes ne devaient pas disparaître par la suite. On les voit parfois affleurer, protéiformes et fluides et, en conséquence, mal connues. Ainsi les **Amis du bien** après 1870, qui ont pris la succession de la **Société de Jésus-Roi**, avant de sortir de la clandestinité en 1876 sous le nom d'**Union royaliste** (44).

§ 6 - L'argent : l'irrégularité du financement

Le financement des activités royalistes a emprunté des chemins divers.

Laissons de côté la question du financement de la presse, qui a drainé -moins par les abonnements que par le soutien direct- une considérable partie de l'argent que les notables royalistes pouvaient consacrer à la politique. Et de même celle du financement d'actions spécifiques -aide aux réfugiés carlistes ou aux familles des insurgés de 1832 par exemple- généralement réalisé par des souscriptions dans la presse.

(43) Le tsar Nicolas 1er et le roi Charles-Albert de Piémont-Sardaigne semblent en avoir été membres.

(44) Voir Albert, *op. cit.*, p. 801. Toute la vie du duc des Cars vaudrait à cet égard d'être étudiée. Jusqu'à sa mort, en 1868, il fut au centre de toute l'action clandestine des royalistes.

Le parti lui-même -et ses démembrements- était essentiellement financé par des cotisations, des souscriptions dans la presse, des versements du Prince et des notables, et -mais cette dimension est plus difficile à saisir- par des aides étrangères (45), voire par le soutien de banquiers dévoués (et/ou) pleins d'espoirs (46).

Les versements individuels ont pu être parfois considérables (47). Mais bien souvent les notables étaient un peu réticents. Certains acceptaient de s'appauvrir lentement mais sûrement pour la cause. Mais d'autres, pour avoir un important capital terrien, avaient des revenus toute proportion gardée médiocres et se montraient peu généreux. Et ce d'autant que ces royalistes étaient aussi des catholiques et que la charité, les oeuvres, l'action catholique, voire le soutien direct au trône de Pierre, sollicitaient concurremment -et avec l'argument ultime de la vie éternelle- leurs bourses (48).

DREUX-BREZE souligne par ailleurs le caractère principalement local du financement. L'absence de centralisation a pu constituer une faiblesse pour des actions d'envergure. En même temps, l'on ne voit guère ce que l'on aurait pu centraliser car dans nombre de départements -M. LEVILLAIN y insiste- les responsables locaux y étaient de leur poche.

Ce n'est qu'en 1879, selon DREUX-BREZE, que fut constituée une "*caisse royaliste*" centrale. Le comte Arthur de ROUGE fit alors rentrer de considérables souscriptions. Ce "*compte Louis*" représentait environ 6 millions versés, d'après BARAGNON, par 28.000 souscripteurs. Mais il ne s'agissait pas de faire fonctionner le parti de façon ordinaire. C'était un trésor de guerre : l'argent fut placé en valeurs toujours négociables en vue de l'instant décisif d'une restauration espérée. Ce fonds, inutilisé, fut rendu aux souscripteurs après la mort de HENRI V.

(45) De Charles-Albert par ex. au début de juillet, selon M. de Changy.

(46) Pour Juillet, M. de Changy cite Saulot-Baguenaud et Jauge. Par la suite, la banque catholique (Delahante ou, à la fin de la période, la fameuse Union générale) dut consentir des facilités.

(47) La duchesse de Galliera fut ainsi particulièrement généreuse lors des élections cruciales de 1877.

(48) Voir les remarques pertinentes de M. Denis et mon article "Catholicisme et légitimisme" au VII^e Colloque Maurras d'Aix (avril 1983), à paraître vers 1985 dans *Etudes Maurrassiennes*.

CONCLUSION

Si, au lieu de partir d'un modèle abstrait de la notion de parti politique, on étudie le légitimisme en son époque, il apparaît ainsi dans l'ensemble plus avancé dans la voie de la structuration partisane que les formations de son temps et notamment que ses rivaux les plus immédiats, l'orléanisme et le bonapartisme.

Mais -au regard de la définition exigeante que nous avons formulée en introduction- le légitimisme semble ne jamais être parvenu à se constituer en parti véritable. Le Prince, la presse, la dérive parlementaire, le poids des notables, l'attrait de la clandestinité, l'immaturité des réseaux de financement, constituaient autant d'obstacles d'inégale importance en eux-mêmes et selon les époques.

De façon synthétique, l'on pourrait résumer l'ensemble de ces obstacles -en vérité étroitement liés les uns aux autres- à une idée générale qui touche au coeur même de la définition stricte de l'institution partisane. Un parti est par définition une **société délibérée et politique** : or le courant légitimiste était assez largement le produit de **rapports nécessaires car sociaux**. Il constituait une **société organique** dans laquelle l'autonomie de la volonté tenait une faible place. L'**institutionnalisation** y fut donc toujours partielle. Cela était naturel dans un système qui fonctionnait largement sur l'idée de fidélité : fidélité des notables au Prince et fidélité du peuple royaliste à ses notables. Il y avait dans ce trait à la fois, pour l'immédiat, un facteur de force et une extraordinaire aptitude à résister aux engouements passagers. Mais, sur le plus long terme, l'évolution du système des relations sociales, au fur et à mesure que l'individualisme juridique favorisait la modification des mentalités, condamnait un mouvement encore largement pré-politique.

Conférences données au Centre
de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit de Rennes

LE PROCES DANS LA PHILOSOPHIE DU DROIT DE HEGEL

Par M. VETÖ (*)

La plupart des grands philosophes des temps modernes ont consacré une partie importante de leur oeuvre au monde du droit, mais ce n'est qu'avec HEGEL qu'il devient partie intégrale d'un système total de philosophie, qu'il se trouve "dédruit" comme un moment essentiel de l'oeuvre de l'esprit. HEGEL qui a eu des connaissances en matière de droit romain (1) et qui a lu de près les travaux de certains penseurs juridiques de son temps (2), situe le droit dans la troisième partie de son encyclopédie philosophique. L'Encyclopédie commence avec la logique, continue avec la philosophie de la nature et trouve son couronnement dans la philosophie de l'esprit. Et cette dernière se divise à son tour en trois sections : l'esprit objectif, ou la doctrine de l'âme et de ses facultés, l'esprit objectif qui revient à la description des institutions sociales, et l'esprit absolu que manifestent l'art, la religion et la philosophie elle-même. Après avoir publié encore au début de son activité philosophique un opuscule sur le droit naturel (3), HEGEL exposera l'essentiel de ses enseignements sur le droit dans la 1ère édition de son Encyclo-

(*) Nous poursuivons ici la publication des conférences données sous l'égide du Centre rennois (M. BASTIT) : voir R.R.J. 1983-1, n. VIII-15, p. 123 et s.

(1) M. Villey : Le droit romain dans la "Philosophie des Rechts" de HEGEL. HEGEL studien, Beiheft 11. Bonn, 1974. pp. 339-364.

(2) Voir pour cela par exemple N. BOBBIO : Hegel e il giusnaturalismo in Studi Hegeliani, Torino, 1981, pp. 3-34.

(3) Über die Wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrecht. Gesammelte Werke IV. Hamburg, 1968. 415-464. Tr. Fr. par B. BOURGEOIS : Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel, Paris, 1972.

pédie (4), pour le déployer par la suite dans un ouvrage indépendant, les **Principes de la Philosophie du droit** (5). Ce livre est une somme de la pensée juridique du philosophe mais il doit être complété par un grand nombre de notes de cours où la doctrine écrite se trouve illustrée et enrichie par un admirable enseignement oral (6).

La **Rechtsphilosophie** n'est pas une simple réflexion systématique sur des problèmes juridiques mais plutôt le déploiement grandiose d'une spéculation autonome sur le droit et les moeurs où les problèmes ne se trouvent pas exposés selon l'ordre habituel des traités juridiques mais doivent être extraits et rassemblés à partir des chapitres souvent éloignés les uns des autres. Même la grande division des droits civil et pénal n'est pas vraiment respectée, par conséquent la notion de procès, elle aussi, suit la logique propre de la spéculation hégélienne. L'essentiel de l'exposé concerne le procès pénal tandis que le procès civil n'apparaît d'abord que comme illustration d'une définition logique (7) et même plus tard, dans les **Principes**, il n'aura droit qu'à une description sommaire de moins de deux pages (§§ 84-88). Les fondements spéculatifs de la doctrine du procès sont exposés dans les paragraphes qui traitent de la transgression et de la contrainte (§§ 90-103), et l'institution juridique est décrite dans le chapitre sur l'administration de la justice (§§ 209-229).

(4) Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften in Grundriss, Heidelberg, 1817. §§ 401-452. L'édition définitive est de Berlin, 1830. §§ 483-552. Tr. fr. M. de Gandillac : Encyclopédie des sciences philosophiques en abrégé (1830), Paris 1970. Le chapitre Der objektive Geist est publié avec des additions provenant des notes de cours dans Werke (ed. Berlin 1832 ff), VII³ Tr. fr. Vera : Philosophie de l'esprit de HEGEL, Paris, 1869, II pp 257- 451.

(5) Grundlinien der Philosophie des Rechts. L'édition princeps est datée de 1821, Berlin. L'ouvrage a été réédité avec des additions en provenance des notes de cours Werke VIII. Berlin, 1833. Tr. fr. par R. Déra-thé : Principes de philosophie du droit ou droit naturel et science de l'état en abrégé². Paris, 1981.

(6) Le corpus des textes de la philosophie du droit en provenance de l'Encyclopédie et des Principes avec toutes les additions vient d'être réuni par K.-H. Ilting - Hegel : Vorlesungen über Rechtsphilosophie, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1973, 4 vols. Les volumes 5 et 6 contiendront des commentaires. Deux textes jusqu'alors inédits paraissent en 1983 : des notes prises à un cours de 1817/18 chez Felix Meiner, Hamburg, d'autres notes prises à un cours de 1819 chez Suhrkamp. Frankfurt/a.M.

(7) Science de la logique II. Paris, 1981. P. 123.

A l'origine de tous ces développements se trouve la vision hégélienne selon laquelle dans chaque cas où l'on confronte une injustice, un redressement s'impose, un redressement qui est une exigence immanente de la volonté offensée et qui n'est essentiellement que la traduction dans l'effectivité d'une nécessité logico-éthique. HEGEL distingue entre un droit en soi qui n'est que l'objectivation de la volonté générale et le ou les droit(s) particulier(s) qui devraient n'être que l'expression fidèle du droit en soi mais qui peuvent très bien n'avoir qu'une apparence de droit. Le procès civil ou pénal résulte de la collision entre le droit en soi et les droits particuliers. Or HEGEL pense que le redressement du droit en soi par la voie de la justice n'est que la traduction dans les faits de la nullité essentielle de la transgression, d'une nullité selon le concept. La justice est censée tout simplement rendre effective l'invalidité inhérente à la transgression par le châtement. La **poena** réalise l'exigence immanente de restauration qui habite le droit en soi mais c'est ici que surgira un problème, le grand problème de l'administration de la justice. **De jure**, la restauration du droit en soi est nécessaire et devrait s'accomplir avec clarté et d'une manière immédiate, sans rupture et sans discontinuité mais **de facto**, elle implique l'intervention d'un fait d'ordre empirique, à savoir le tribunal. Et dans le fonctionnement du tribunal, là aussi, cette dialectique du droit et du fait se répète. Les jurés statuent sur le fait, le juge subsume leur décision sous la loi. Les premiers représentent l'effectivité empirique, le second l'immanence logique (8).

Entrons maintenant dans le détail. L'administration de la justice répond à la transgression juridique. La transgression, elle, revient à l'instauration d'un écart, à l'avènement d'une rupture entre le droit en soi et les droits particuliers. Le droit en soi doit apparaître dans un droit (particulier) extériorisé, manifeste. Or la propriété est

(8) Sur le procès chez Hegel voir O.K. Flechtheim : Die Hegelsche Strafrechts-theorie, Brünn, 1936 ; K. Stoyanovitch : De quel usage peut être en logique juridique la dialectique au sens hégélien et marxiste du terme, Archives de Philosophie de Droit 11 (1966), pp. 159-169 ; D.E. Cooper : Hegel's Theory of punishment in Z.A. Pelczinsky, (ed.) : Hegel's Political philosophy. Problems and perspectives, Cambridge, 1971, pp. 151-167. Actuellement la meilleure source d'information bibliographique pour la Rechtsphilosophie est M. Riedel (ed.) : Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie, 2 vols., Frankfurt am Main, 1975.

une relation exclusive : une chose donnée ne peut appartenir qu'à une seule personne (physique ou morale) mais il ne se trouve rien dans la chose possédée qui soit un critère immanent et discernable de son appartenance à un propriétaire donné. D'ailleurs le simple fait que la chose peut être vendue, troquée ou cédée, en un mot aliénée, montre qu'en elle-même elle n'a pas de rapport nécessaire avec son propriétaire. Une collision de droits peut donc avoir lieu, où je juge avec bonne foi qu'une chose est ma propriété quand ce n'est pas vraiment le cas. Je crois subsumer mon droit particulier sous le droit en soi, mais je me trompe dans mon jugement et la conclusion d'un jugement incorrect est nulle. Et la nullité immanente de cette conclusion va être "réalisée" dans le procès. Peut-être avec bonne foi mais j'ai nié le droit en soi, or le procès va "nier" ma négation et cette double négation restaurera le droit en soi.

Contrairement à la bonne foi qui peut animer les partenaires d'un procès civil, dans le crime se produit une violation consciente et manifeste du droit en soi et du droit particulier (9). Le cambrioleur, lui, ne part pas d'un jugement incorrect. Il connaît très bien les relations entre le droit en soi et le droit particulier dans la situation donnée où il accomplit son crime. Au lieu de se conformer aux rapports qui relient entre eux le droit en soi et ses apparences, d'épouser pour ainsi dire la structure où l'apparence s'intègre dans l'en-soi, il s'y introduit avec brutalité et sectionne violemment l'un de l'autre. Le cambrioleur entre le plus souvent par effraction ! La violence du crime est donc diamétralement opposée à la manière où s'accomplit l'injustice civile, ils ont pourtant un élément essentiel commun : leur nullité profonde. Sans doute, la nullité de l'injustice civile n'est que celle d'une conclusion mal-tirée, ou plutôt d'un syllogisme mal-établi, par contre, la nullité du crime est une opposition à quelque chose qui ne peut pas vraiment être opposé, la violation d'une réalité inviolable ! Néanmoins c'est la nullité de la transgression, de toute transgression,

(9) Dans l'injustice civile je ne transgresse que le droit particulier en le subsumant d'une manière erronée sous le droit en soi mais je ne m'oppose point à ce dernier. Par contre, la violence du crime en lésant le droit particulier s'oppose également à la volonté en soi que chaque être libre manifeste, Principes §§ 85, 95.

qui est le fondement commun du civil et du pénal et qui explique la continuité d'essence des deux procédures.

La notion de la nullité de la transgression se comprend à partir de la doctrine hégélienne de la volonté. L'essence du droit en soi qui est à la base de toute propriété et, généralement parlant, de tout rapport juridique, est la volonté générale. Or la volonté, qui est par définition libre, ne peut pas être contrainte en elle-même. On peut, certes, forcer une personne à **faire** ceci ou cela mais on ne peut pas la forcer à **vouloir** ces mêmes choses. Toutefois cette impossibilité principielle d'une contrainte quelconque à l'égard de la volonté comme telle peut être contournée en vertu du fait que la volonté, de par sa nature, passe dans la manifestation, s'extériorise, se donne un être-là, une existence et cette manifestation, une chose physique, qui, elle, n'est pas soustraite au pouvoir de contrainte. Ma propriété est la manifestation extérieure de ma volonté (se trouvant en continuité et unité avec la volonté universelle et en soi), par conséquent la violation de mon droit de propriété est une contrainte qui atteint ma volonté elle-même. Inviolable en elle-même, la volonté se trouve violée dans ses manifestations extérieures. On se trouve donc devant une situation de violation qui doit être redressée, l'exigence de ce redressement étant inscrite dans la nature même de la volonté universelle. Et ceci aussi bien à partir de la victime de la transgression que dans son auteur. La contrainte que subit la volonté, l'état de fait violent, est de la nullité elle-même -une volonté violée ne devrait pas exister !- or "*ce qui est nul doit se manifester comme tel*" (10). Le châtement n'est alors que la manifestation extérieure de la nullité interne du crime, de cette nullité qui frappe, malgré son existence factuelle, le crime. HEGEL, lecteur passionné et assidu de la tragédie antique sait que les Euménides dorment mais que le crime les réveille (11) ; la loi blessée a un pouvoir immanent d'opérer le redressement par le châtement (12). Toutefois les Euménides ne représentent pas

(10) Principes § 97. Add. p. 141 n. 81.

(11) Principes § 101. Add. p. 145 n. 88.

(12) Hegel se trouve ici dans la lignée de Kant. La fin de toutes choses in Pensées successives sur la théodicée et la religion, tr. Festugière, Paris, 1931. p. 176. Schelling, lui, refuse comme anti-chrétienne la fatalité immanente. Philosophie der Kunst. Stuttgart et Augsburg. V. 1859. pp. 720ff.

seulement la loi en soi, mais d'une certaine manière elles expriment les exigences immanentes de la volonté du transgresseur elle-même. L'auteur du crime, lui aussi, participe à la volonté en soi, le crime le touche lui aussi : "*Verbrecher hat sich selbst verletzt*" (13). Le criminel a le droit d'être puni (14) et il ne sera pas puni selon une loi étrangère mais en terme d'une loi qui est aussi la sienne propre (15).

Le châtement n'est pas quelque chose de contingent mais il se trouve exigé par le crime lui-même. Il n'est que l'autre face de la même réalité que d'abord manifeste le crime. L'exigence du redressement en tant que rapport immanent d'implication a été parfaitement comprise par la conscience des peuples qui partout et toujours professent la loi du talion. Oeil pour oeil, dent pour dent - répètent les premiers législateurs sous des formes très différentes, disant inlassablement en expression figurées, empiriques, l'identité nécessaire du crime et du châtement. "*La peine -écrit HEGEL- n'est ... que la manifestation du crime, c'est-à-dire l'autre moitié que la première présuppose nécessairement*" (16). Toutefois l'identité du crime et du châtement n'est qu'une exigence de la raison et si le châtement est bien "*la présentation de la nullité intérieure de l'action*" (17), la question demeure entière : qui réalisera et comment rendra-t-on effective cette nullité ? Autrement dit : comment la société, l'expression de la volonté en soi, organisera l'administration de la justice et selon quel critère établira-t-on le fait d'une transgression et son rapport au crime qui lui correspond ?

La vengeance privée n'est pas une bonne réponse. Elle risque d'aller à l'infini, par conséquent ne traduit pas l'identité du crime et du châtement, et si elle peut être considérée comme correcte pour le contenu, elle ne l'est certainement pas pour la forme. La vengeance

(13) Vorlesungen über Rechtsphilosophie I. 155.

(14) Vorlesungen über Rechtsphilosophie I. 227.

(15) "... der Mensch wird so nach seinem eigenen Recht bestraft... er wird nicht unter ein fremdes Gesetz gestellt, sondern unter sein eigenes". Vorlesungen über Rechtsphilosophie IV. 289f.

(16) Principes § 101 add. p. 145 n. 88.

(17) Vorlesungen über Rechtsphilosophie I. 155.

est à moi -dit Dieu dans l'Écriture- c'est la volonté générale qui a été blessée, donc c'est à elle qu'incombe la tâche d'opérer le redressement (18). Toutefois la volonté générale n'est qu'une exigence de la raison et pour qu'elle passe dans les faits, il lui faudra faire appel au juge. Le juge est l'expression de la volonté générale qui est l'essentiel même du droit en soi mais son rôle révèle aussi l'inévitable compromission de cette volonté en soi avec les particularités empiriques. Il s'agit d'un délit concret, d'un criminel individuel et dans un cas individuel donné, seul un individu concret peut avoir de l'intérêt à poursuivre l'oeuvre de la justice. Toute l'activité du juge témoigne de cette composition nécessaire avec la contingence, avec la multiplicité qu'il lui faut ramener à l'unité. D'une part, la loi en soi se manifeste au niveau de la législation par une pluralité de lois et seul un individu concret peut arbitrer dans le cas où les lois elles-mêmes entrent en conflit. D'autre part, la loi ne désigne très fréquemment que le maximum ou le minimum de la peine prévue et laisse à la discrétion du juge de trouver une voie entre ces deux extrêmes. Toutefois ce pouvoir de discrétion n'est aucunement une invitation à l'arbitraire mais l'appel à des jugements d'identité selon **la valeur**. La loi du talion exprime l'identité du crime et du châtement, néanmoins l'identité d'essence ne doit pas être prise pour une similitude physique ou pour une égalité quantitative. Le châtement doit traduire l'*adaequatio delicti ac poenae* (19) mais cette adéquation, cette conformité ne doit pas s'épuiser dans des correspondances matérielles, elle prendra bien davantage en considération la nature profonde des réalités que sont la transgression et la peine. Le châtement est une réparation, mais déjà à son niveau le plus simple il ne peut être défini comme le rétablissement pur et simple d'une condition abolie ou le remplacement de quelque chose de disparu par une autre strictement du même ordre, tout-à-fait semblable. La réparation est essentiellement une compensation qui s'exerce selon la catégorie universelle de la valeur (20). Certes, en droit pénal, partisan convaincu qu'il est de la peine capitale, HEGEL présente un cas éclatant d'une réparation parfaitement quantita-

(18) Principes § 101 add. p. 145 n. 88.

(19) Vorlesungen über Rechtsphilosophie II. 370.

(20) Principes § 101 p. 144.

tive : celui qui a pris la vie d'un autre doit payer en échange avec la sienne (21) mais ailleurs en droit pénal également, la peine de privation de liberté n'exprime pas une quelconque égalité quantitative mais une simple identité de valeur entre le crime et le châtement.

Selon la spéculation hégélienne le juge a un rôle de médiateur, c'est-à-dire qu'il lui faut faire advenir dans l'effectivité la nullité immanente de la transgression. C'est la rencontre inévitable du logico-immanent et factuel qui fonde la fonction du juge, mais il se trouve limité encore à l'intérieur même de l'exercice de son rôle par l'invasion du factuel. Le juge doit "*appliquer*" la loi universelle dans un cas donné, subsumer un délit sous une loi, mais il ne saura pas définir lui-même ce délit. Le juge est censé prononcer le jugement conformément à des rapports immanents, son rôle -comme le dit Montesquieu- est nul ! Il ne fait pour ainsi dire que lire les relations objectives entre les délits et les lois. Il semble n'avoir qu'un rôle de logicien : après tout, il lui faut juger ! Or c'est ici que surgissent les complications. Le jugement que rend le tribunal n'est pas simplement l'exercice d'une fonction logique, car il faut conclure à partir des éléments du procès et ces éléments sont des faits, des faits extérieurs et intérieurs. Et à partir des faits, il n'y a pas de jugement logique, a priori. Le rôle par excellence du juge en droit romain est la *cognitio causae* et la *cognitio*, comme le définit un Isidore de Séville, est le fait d'apprendre ce que l'on ne savait pas (22), c'est-à-dire d'apprendre du neuf ! Il ne s'agit pas de conclure par simple déploiement de concept, par conséquent par analyse, on ne passe pas seulement d'une définition à une autre mais on a à saisir le réel concret, le diagnostiquer et le soumettre par la suite à une définition. Une fois qu'un délit donné est discerné selon les éléments qui le constituent et puis défini, ce ne sera plus qu'une opération logique d'établir les rapports qui le relie à une loi mais pour arriver jusqu'à la définition en question, il faudra se mettre à l'écoute de l'expérience, découvrir le non-logique, le non-immanent, en un mot du neuf. Et c'est pour rendre compte de la "*cognitio*" de ce neuf qu'HEGEL introduit l'institution des jurés.

(21) *Principes* § 100 et add. p. 143 et n. 86.

(22) Isidore de Séville : *Differentiae* l. 89.

Dans une situation juridique donnée, il y a deux choses à distinguer : l'état de fait et l'état de droit. Autrement dit : il faut d'abord constater ce qui a eu lieu effectivement et puis subsumer le fait ainsi établi sous la loi. Prendre conscience des faits empiriques dans leur particularité individuelle et selon leurs circonstances contingentes ne peut conduire qu'à une certitude sensible, par contre la subsomption de ce qui est sensiblement, par conséquent subjectivement certain à la loi, est l'affaire de la raison qui conclut par une vérité (23). Les jurés, enseigne HEGEL, représentent la certitude, le juge la vérité (24). Les opérations mentales des jurés sont empiriques, elles exercent la "*cognitio*" au sens strict d'une découverte du neuf tandis que les décisions du juge sont essentiellement d'ordre logique. Les jurés relèvent et rassemblent les faits empiriques épars mais leur rôle ne se limite pas au simple constat des circonstances physiques. Une fois que la balle est partie et une autre personne tuée, l'action extérieure est, certes, accomplie mais le juge ne peut pas encore juger. Il faut aussi qu'il soit instruit de la qualification interne de l'action : qu'elle ait été meurtre, assassinat, etc... (25). Le juge ne passe pas de l'empirique au juridique, il ne franchit pas la béance entre le fait et le droit mais soumet simplement une situation déjà qualifiée en termes juridiques à la loi.

HEGEL introduit l'institution du juré pour tenir compte de la présence irréductible d'éléments empiriques dans les énoncés juridiques mais ce complément non-professionnel du tribunal a encore une autre raison d'être : celle de représenter d'une certaine manière cet individu isolé qu'est le transgresseur accusé. Le juge prononce son verdict en fonction de la volonté universelle qu'il représente. La volonté en soi est lésée dans la victime du crime mais elle se trouve lésée également dans le criminel lui-même, c'est pour cela que le transgresseur a droit d'être jugé (26). Toutefois l'exigence immanente d'être châtié qui se cache dans les tréfonds de son être, n'épuise pas le rôle du transgresseur dans l'administration de la justice. Si c'est en tant qu'être libre qu'il a le droit d'être jugé,

(23) Vorlesungen über Rechtsphilosophie IV. 567 sq.

(24) Précis de l'Encyclopédie § 531.

(25) Vorlesungen über Rechtsphilosophie IV. 571.

(26) Voir note 2.

il faut aussi qu'on lui demande, à lui être libre, de donner, en confessant son forfait, son accord à sa condamnation. Le juge veut abolir la première contrainte que la transgression impose à la volonté universelle par une seconde contrainte, celle du châtement, mais seul le consentement de l'accusé, c'est-à-dire ses aveux permettront au juge de prononcer son jugement. Or -comme on le sait trop bien- l'accusé nie fréquemment, ne passe guère aux aveux. On a alors le choix entre deux possibilités. Ou bien on ne tolère pas le silence obstiné de l'accusé et on recourt à la "question". C'est la torture mais alors ce sont des peines excessives que subit le transgresseur et si la première contrainte est peut-être annulée, la seconde contrainte disproportionnée par rapport à la première, fait émerger une nouvelle violation. Ou bien -et c'est la possibilité qu'adoptent les législations modernes- en se servant d'une grandiose fiction, on fait appel aux jurés, grâce auxquels on pourra "*faire abstraction*" des aveux du criminel (27). Les jurés sont des individus, des personnes subjectives se trouvant au même niveau que l'accusé. Ils sauront alors se mettre à sa place et en vertu de leur propre condition sensible, non-professionnelle, ne relevant pas de l'ordre du jugement logique, ils compléteront ou, le cas échéant, ils remplaceront entièrement ses aveux (28). La suprême fiction qui fait qu'on remplace les aveux du criminel par l'opinion et la décision des jurés témoigne une fois de plus de l'inévitable concession que toute jurisprudence doit faire à l'incertitude des faits. Surseoir ainsi à l'obtention des aveux pourtant indispensables à l'établissement objectif des faits juridiques revient à l'admission d'une éventuelle non-coïncidence du fait et du droit. Déjà dans le domaine civil HEGEL fait état de la "*dureté*" d'une situation où "*un homme a raison (Recht)*" mais ne peut pas faire valoir son droit faute de pouvoir le prouver aux autres (29). Seul son aptitude à être prouvé permet à un fait d'accéder au plan du droit, et très fréquemment la condition de cet accès est un fléchissement substantiel de la chose en question, sa présentation inexacte, voire sa modification profonde. L'état de fait que croit devoir constater le jury n'est pas nécessairement identique avec l'état de fait effectif mais on le considère seulement comme tel. Et on pourra dire alors avec Cicéron : "*Les*

(27) Précis de l'Encyclopédie § 531.

(28) Voir pour cela Principes p. 242 n. 73.

(29) Vorlesungen über Rechtsphilosophie IV. 558.

anciens ont voulu que chacun décide selon sa pensée ... que les jurés statuent non pas sur ce qui a été fait mais sur ce qui semble avoir été fait" (30). Si paret... malgré ses prétentions, prétentions exposées d'ailleurs avec une force et une subtilité admirables, à expliquer le jugement du tribunal comme traduisant simplement dans l'effectivité extérieure une exigence immanente de la justice, HEGEL, lui aussi, se trouve dans l'obligation de composer avec la contingence irréductible des faits juridiques. Son juge comme celui de Montesquieu a un rôle nul et cette nullité est censée être gouvernée par l'identité sans faille de la transgression et du châtement. Toutefois l'institution du juré ajoute une seconde explication de cette nullité qu'il partage avec le **judex** du Bas-Empire à qui il est strictement interdit de modifier la **formula** (31)...

(30) Cicéron : **Acad. Quaest.** II. 47, 146.

(31) P.F. Giraud : Manuel élémentaire du droit romain, Paris, 1929. p.1001.

DROITS DE L'HOMME OU DROIT DE ROME ? (*)

Par Stéphane RIALS

Professeur agrégé des Facultés de Droit

(à propos de l'ouvrage de

Michel VILLEY :

"Le droit et les droits de l'homme

P.U.F., "Questions", coll. dirig.

par B. BARRET-KRIEDEL, 78 F, 169 p.)

Les droits de l'homme sont l'une des formules incantatoires du discours politique contemporain. Personne n'oserait s'en dire l'adversaire. Mais bien peu s'essaient à en comprendre la signification. Pourtant, la prolifération des droits subjectifs revendiqués aujourd'hui -droit au soleil, à la libre disposition de son corps, à la sexualité de son choix, à la jouissance...-, l'imprudence de certaines formules politiques ("*Changer la vie*", disaient les socialistes) initient à l'idée qu'il y a peut-être quelque chose de pourri au royaume des concepts politiques.

Le propos du professeur VILLEY est d'élaborer -avec une érudition corrosive- la généalogie de cette énorme machinerie subversive baptisée "*droits de l'homme*". Il démontre avec subtilité qu'il y a à cet égard une ligne de crête dans l'histoire de la culture occidentale, entre la fin du Moyen-Age et le début de l'époque classique : "*En arrière vous avez le **droit**, et au devant les **droits de l'homme***".

(*) Le Figaro du 27 juin 1983.

MESURE ET RAPPORT

Le droit est une invention de la Rome classique. Rome l'a découvert et nous l'avons perdu. La Grèce, conquérant intellectuellement son vainqueur, lui avait légué deux outils : la philosophie, principalement celle d'Aristote ; et un modèle de travail, l'idée que, dans tous les domaines, il est possible et souhaitable de développer un "art", c'est-à-dire d'organiser les connaissances en vue d'applications pratiques.

Cicéron pouvait ainsi livrer au milieu du premier siècle avant notre ère cette définition de droit : "*Le service d'une juste proportion dans le partage des biens et les procès des citoyens*". Sans entrer dans le détail de chaque mot à la suite de M. VILLEY, retenons que pour la Rome classique, le droit est **connaissance, mesure et rapport**. Et qu'il doit être administré par un tiers désintéressé, essentiellement le juge. Le droit n'est pas revendication subjective de tout et n'importe quoi. Il n'est même pas un ordre émanant du souverain. Il est découverte subtile, patiente, délicate, de la proportion entre la quantité de choses distribuées et les qualités diverses des personnes, et -dans l'échange- entre les prestations réciproques. Le droit, c'est la réalisation d'une justice définie classiquement comme **jus suum cuique tribuere** - attribuer à chacun son droit. Avec pour guide la **prudence** -d'où le mot jurisprudence-, cette disposition pratique concernant la règle du choix non pas entre un bien et un mal absolus, mais entre un bien et un mal relatifs et concrets pour l'homme (1). Point de grande formule pour cela. Mais le sens du **juste milieu**, l'opinion du juge éclairée par la controverse dialectique -au sens d'Aristote et non de Hegel-, par la délibération sur le contingent (2). Non illusoire perfection ou idéal désincarné, mais simple et modeste volonté d'adéquation au réel.

LA CONSIDERATION DE SOI

Certes, l'homme existait pour les anciens. Seul pourvu du **logos**, c'est-à-dire tout à la fois de la parole, de la raison et de la capacité de choisir, sa dignité était jugée éminente. Et l'auteur n'a pas grand mal à démontrer que l'on impute à l'esclavage antique des raisons qui n'étaient pas les siennes.

(1) Voir Aubenque, *La Prudence chez Aristote*, 1963.

(2) Sur ces questions, voir les riches travaux de M. Perelman.

Ce qui était radicalement étranger à l'esprit du droit romain, c'était l'idée de calculer pour chacun ses droits sur la "*considération narcissique*" de soi-même et de soi seul. Pour la Rome antique, pas de droits subjectifs, pas non plus de droits identiques pour tous les hommes, et pas davantage de droits universels sans égard au réel. Et ces notions -contrairement à ce que l'on prétend trop souvent aujourd'hui- elles ne nous viennent pas davantage de l'autre face de la romanité, le christianisme. Il faut suivre Saint Thomas avec M. VILLEY pour s'en persuader. Certes, la contestation du réalisme naîtra dans l'Eglise avec Guillaume d'OCCAM. Mais sa postérité aura vite fait de laïciser le combat. C'est du nominalisme d'OCCAM, en effet -affirmation que les idées sont dépourvues de réalité, qu'elles sont de simples mots, de simples "*noms*"- qu'est sortie via Hobbes toute la philosophie moderne des droits de l'homme. Plus d'ordre des choses : des êtres irréductibles. Plus de rapports : des individus. Plus "*d'universaux*" - d'idées générales dotées de réalité : de simples jugements subjectifs. Dès lors, plus de communication réelle possible ni des hommes entre eux ni des hommes avec le monde. Et un monde qui n'a pas un sens extérieur à celui que les hommes lui attribuent. Et surtout, pour ce qui nous occupe, plus de droit : des droits subjectifs, les droits de l'homme. "*S'il n'est pas d'ordre régissant les rapports entre individus, écrit M. VILLEY, si la cité elle-même n'est point une réalité, perd toute sa raison d'être une science dont le propos soit la saisie directe de ces rapports sociaux. L'art de la recherche du juste au sein de la réalité, qu'avait été l'art romain de la jurisprudence, devient sans objet*". La volonté remplace l'ordre préexistant. Le droit ne se connaît plus : il se construit ou s'exige. L'histoire bascule.

TOTALITARISME OU ANARCHIE

Michel VILLEY s'attache surtout à broser le tableau synthétique de la première phase de cette révolution mentale majeure. Il souligne le paradoxe de l'école du droit naturel de l'époque classique. Elle ne fonde plus le droit sur la nature de la cité mais sur la nature de l'homme. Pourtant, si elle avait été cohérente, elle aurait dû refuser toute réalité à cette seconde idée générale... Quoi qu'il en soit, cette première phase va voir s'imposer le culte de la loi. Le processus d'élaboration variera selon que le souverain sera le monarque de Hobbes ou le peuple.

de Rousseau. Mais il appartiendra à une **volonté** de dire ce qui est bon pour l'homme. C'est le totalitarisme du bonheur obligatoire et par décrets au lieu de l'acceptation de la complexité du réel. Et à terme, l'hôpital psychiatrique pour ceux qui ne se reconnaissent pas dans cette volonté qu'on leur tend comme un miroir.

Mais il y a une seconde phase dont on regrette que l'auteur ne lui consacre pas de plus amples développements. Elle est beaucoup plus cohérente par rapport aux prémisses du nominalisme. C'est elle que nous vivons. L'homme en général n'existe plus du tout. Le conflit des intérêts subjectifs est poussé à son paroxysme. Il n'y a rien à opposer à l'idée du droit que chacun revendique. L'on passe des droits subjectifs encore universalisables de la déclaration des droits de l'homme au chaos résultant de l'affirmation pour chacun de ses droits illimités sans prise en considération du groupe.

Totalitarisme d'un "*bonheur*" uniformisé et imposé ou anarchie d'un "*bonheur*" revendiqué contre la cité, voilà l'alternative terrifiante de l'époque. Voilà le produit de l'invention des droits de l'homme contre la quête d'un droit pour l'homme.

Ce livre est "*filialement*" dédié au Saint-Père. Il veut lui dire -et nous dire- que les droits de l'homme qui n'ont rien à voir avec la reconnaissance de l'éminente dignité des créatures du Seigneur- sont une arme à subvertir le monde. Et que placer au premier plan leur problématique -ce à quoi s'étaient refusés tous les papes jusqu'à Pie XII- est peut-être plus qu'une approximation de vocabulaire : une faute.

N.B. : Ce texte a déjà paru dans le dernier numéro de cette revue (83-2), mais avec des imperfections typographiques dont nous prions l'auteur de bien vouloir nous pardonner.

M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*,
P.U.F. Questions, 1983, 169 p.

TABLE DES MATIERES

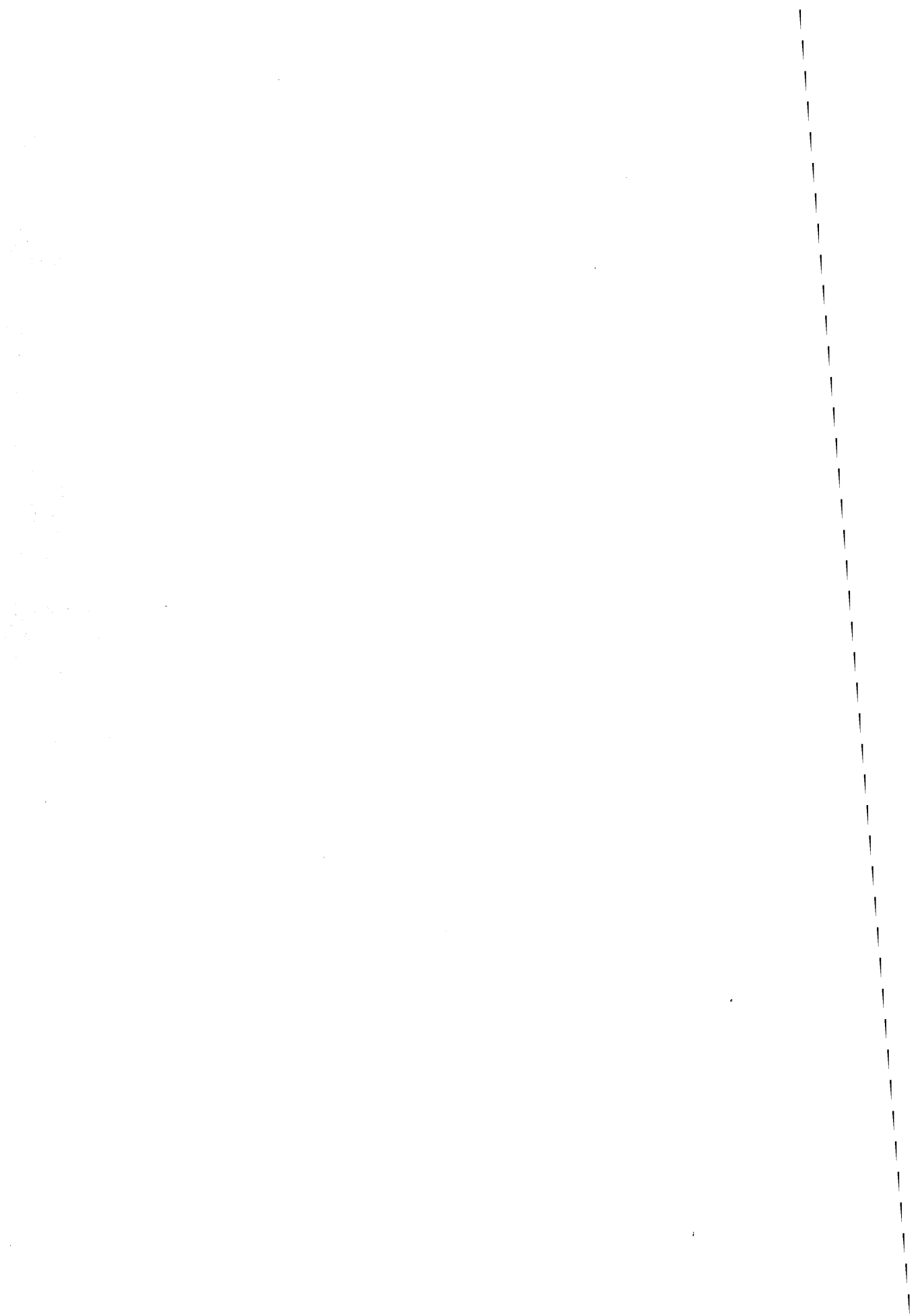
- 1 - La question des droits de l'homme
- 2 - Raisons et moyens d'une étude critique du langage des droits de l'homme
- 3 - Retour au bercail
- 4 - Une découverte d'Aristote
- 5 - Qu'est le droit dans la tradition d'origine romaine
- 6 - Le "Droit subjectif" et la science juridique romaine
- 7 - Sur l'inexistence des droits de l'homme dans l'Antiquité
- 8 - Le catholicisme et les droits de l'homme
- 9 - Naissance et prolifération des droits de l'homme au XVII^e siècle
- 10 - Epilogue : le XX^e siècle

Annexe I - Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789)

Annexe II - Déclaration universelle (1948)

R. R. J. 1983
Pages 425 à 474

E T U D E S



LA CONTROVERSE DOCTRINALE DANS LE MOUVEMENT DU DROIT PRIVE

Par C. ATIAS

(*Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille*)
(*)

- L'hypothèse : le déclin de la controverse doctrinale (polémiques ou méthode controversiste ?)
- Controverse doctrinale et controverse judiciaire
- Typologie sommaire des controverses doctrinales : auteurs, objets, durée et formes
- Controverse doctrinale et conceptions du droit, du rôle de la doctrine

A - LE MOUVEMENT DU DROIT : VERS LE DECLIN DE LA CONTROVERSE

a - Explications favorables

1. Explication d'ordre épistémologique

1 - Evolutions comparables des sciences naturelles et du Droit

2 - Critique de la méthode controversiste

2. Explication d'ordre idéologique

1 - Aspects politiques

2 - Aspects philosophiques

b - Explication réaliste

1. Critique de l'amalgame épistémologique

1 - Dissemblances majeures entre l'évolution des sciences naturelles et du Droit

2 - "Constitution" actuelle de la doctrine

2. Evolution méthodologique de la doctrine

- 1 - Spécialisation doctrinale
- 2 - Complexité du Droit écrit

B - LA CONTROVERSE : UNE AME POUR LE MOUVEMENT DU DROIT

a - Controverse et théorie des sources du droit

1. La diversité des sources

- 1 - Conjugaison des sources
- 2 - Hiérarchie des sources

2. La nature des sources

- 1 - Des repères vers le bon droit
- 2 - Quid de la volonté du législateur ?

b - Controverse et progrès du droit

1. Le danger des principes juridiques

2. La controverse, comme procédure "ouverte"

(*) A partir de ce texte, a été donnée, sous une forme condensée, une conférence, le 26 avril 1983, au Centre de Philosophie du Droit de l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. Nous tenons à remercier tous ceux dont les interventions ont permis qu'un débat particulièrement riche s'instaure à l'issue de cette conférence.

"L'amour du vrai avec la force de prouver donne le courage d'être sincère."

H. TAINÉ, *Les Philosophes français du XIXème siècle*, Hachette, 1857, p. 213.

Un Bossuet aurait sans doute déclamé : O siècle "désastreux" ! ô siècle "effroyable où retentit tout à coup comme un éclat de tonnerre cette étonnante nouvelle" (1) : la controverse doctrinale se meurt ! ... Et pourtant, la controverse doctrinale ne doit pas mourir. Il est vrai qu'elle peut irriter le commun des mortels, volontiers railleur à son égard (2). Il est vrai aussi qu'elle semble en voie de régression ; la méthode juridique actuelle n'est plus fondée sur le choc permanent des opinions, sur la discussion systématiquement suivie et poursuivie. Mais même si un certain mouvement du droit et de sa doctrine tend à provoquer son déclin, la controverse doctrinale doit demeurer présente pour inspirer le mouvement du droit. Le paradoxe est, d'ailleurs que la participation à de telles joutes oratoires ou écrites soit encore perçue comme une sorte de consécration ; et c'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles le droit privé français continue d'être animé de véritables polémiques, d'après débats, de discussions vives, voire agressives (3).

(1) J.B. BOSSUET, *Oraison funèbre de Madame*, 1670.

(2) Et ce même si Monsieur le Professeur René DAVID affirmait que "le Français aime les discussions juridiques, comme il aime les problèmes de grammaire et de langue" (*Le Droit français*, 1960, t. 1, p. 60) ; le Français auquel il se référait est surtout le spécialiste de chaque discipline. Il est vrai que Jules César partageait, de manière très générale, son avis sur ce point.

(3) Le terme "polémique" est ici entendu dans le sens de vive discussion opposant des auteurs et présentant un échange d'arguments dirigés, au moins apparemment, davantage contre la thèse adverse que vers une recherche de la vérité, éventuellement au moyen d'une synthèse entre les deux opinions opposées (Comparer Th.S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1962, Flammarion, 1983, trad. L. MEYER, p. 33. -E. KANT, *Critique de la raison pure*, trad. A. TREMESAYGUES et B. PACAUD, préface Ch. SERRUS, P.U.F., 9ème éd., 1980, p. 517, qui visait le "principe de neutralité dans toutes les controverses" ; opposer le même ouvrage,

L'impression est que leur signification a profondément changé. Elles sont devenues les manifestations exceptionnelles et presque anormales d'incertitudes juridiques très limitées ; n'y a-t-il pas progrès à réduire le nombre de ces points incertains, parce que discutés ? Jusque vers le milieu de ce siècle au contraire, ces querelles doctrinales marquaient les temps forts d'une activité dont la controverse formait le quotidien. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter le Cours de Code Napoléon de DEMOLOMBE ou, plus nettement encore, l'Explication théorique et pratique du Code Napoléon de MARCADE, voire le grand Traité pratique de Droit Civil français de PLANIOL et RIPERT ; combien de paragraphes y sont conçus comme des argumentations **pro et contra** se terminant par la condamnation de l'une des deux thèses concurrentes, et ce, éventuellement, contre l'opinion du législateur ou de la Cour de Cassation ? Ces juristes-là ne s'opposaient pas seulement à telle ou telle doctrine par intérêt, par humeur ou par conviction ; ils pratiquaient délibérément une méthode particulière qui peut être appelée la méthode des controversistes. C'est cette méthode d'exposition, mais aussi de réflexion, dont le déclin paraît peu contestable ; c'est elle qu'il faut tenter de replacer dans le mouvement du droit privé.

Voilà sans doute beaucoup d'affirmations péremptoires pour bien peu de démonstrations et de preuves ! Il serait facile d'objecter que nul ne nie l'importance de la controverse en matière juridique. Les nombreuses études consacrées à la dialectique judiciaire (4) sont là

.../...p. 508 : "J'entends par usage polémique de la raison pure la défense de ses propositions contre les négations dogmatiques. Il ne s'agit donc pas ici de savoir si ses assertions ne pourraient pas aussi par hasard être fausses, mais de constater que personne ne peut jamais affirmer le contraire avec une certitude apodictique (ni même avec une plus grande vraisemblance)".

(4) Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique, 3ème éd., 1976, Institut SOLVAY. -L'empire rhétorique, Rhétorique et argumentation, Vrin, 1977. -Logique juridique, Dalloz, 1976, not. n. 6 et 7, p. 6-7 et n. 15, p. 21. -THIREAU, Charles du Moulin, Droz, 1980, p. 182. -A. TOUFFAIT et A. TUNC, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, Rev. tr. Dr. Civ. 1974, p. 503, n. 15. -A. GIULIANI, La controversia, Contributo alla logica giuridica, Pavia, 1966. -La logique juridique comme théorie de la controverse, Arch. Philo. Droit, Sirey, Arch. Philo. Droit, Sirey, 1966, t. XI, p. 87.

.../...

pour en témoigner ; mais deux remarques s'imposent à leur propos. La première est paradoxale ; lorsque les juristes pratiquaient activement la controverse, ils n'en faisaient pas la théorie. Aujourd'hui, ils en ont la théorie, mais ne la pratiquent plus guère. Même s'il est vrai que la connaissance théorique surgit toujours au crépuscule des sciences (5), il semble bien que les efforts des Rhéteurs et Dialecticiens n'ont pas eu, sur les juristes, l'effet d'incitation souhaitable. La deuxième remarque est que la nature de la controverse doctrinale est différente de celle de la controverse judiciaire ; les enseignements à en tirer ne sont pas analogues. Insister sur l'importance de la controverse judiciaire, c'est donner à penser qu'une fois la décision rendue, la discussion cesse non seulement en l'espèce, mais aussi pour l'avenir (6). Tout se passe comme si la controverse pouvait seulement préparer l'apparition d'un droit positif dont l'avènement exclurait par définition l'incertitude inhérente à la période de discussion. Parce qu'elle porte sur un point de droit et l'envisage de manière générale, en éliminant les questions de fait propres à chaque espèce (7), la controverse doctrinale conçue comme une démarche normale (8) s'appuie sur une autre conviction : la connaissance juridique qui est de l'ordre du probable n'est rien d'autre que la confrontation permanente d'opinions diverses. C'est cette divergence de nature entre controverse judiciaire et controverse doctrinale qui explique que *"le Traité de l'argumentation de M. PERELMAN concerne l'avocat bien plutôt qu'il ne vaut pour le juge ou pour le juriste, attachés à la décou-*

.../... - M. VILLEY, Données historiques, Arch. Philo. Droit, Sirey, 1966, t. XI, p. IX. -G. CHEVRIER, Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux, *ibid.*, p. 115.

(5) HEGEL, cité et commenté in F.P. BENOIT, *Connaissance de nous-mêmes, Connaissance politique*, 1983, n.1, p. 7.

(6) Ch. PERELMAN, *L'empire rhétorique*, p. 177. -Logique juridique, n. 6, p. 6. *Traité de l'argumentation*, 101, p. 639. -M. VILLEY, *De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit*, Arch. Philo. Droit, Sirey, 1982, t. XXVII, p. 268.

(7) Comparer R. PEREZ PERDOMO, *L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique*, Arch. Philo. Droit, Sirey, 1971, t. XVI, not. p. 234.

(8) KUHN aurait sans doute parlé d'une situation de "science normale".

verte d'une solution *juste*" (9). Ce qui est sûr, c'est que la controverse doctrinale ne peut s'épanouir que dans un climat de liberté intellectuelle née du sentiment que le point débattu n'a pas été tranché (10) ; mais cette liberté de disputer peut trouver son origine aussi bien dans le silence de l'autorité habilitée que dans le refus de reconnaître le pouvoir de cette autorité. Là est toute la question !

Elle peut être posée à propos de chacune des grandes controverses qu'a connues le droit privé français. Il faudrait en dresser la typologie, afin de vérifier l'hypothèse du déclin. Quatre caractéristiques majeures en permettent, semble-t-il, le classement ; les controverses doctrinales se distinguent par leurs auteurs, par leur objet, par leur durée ou encore par leur forme. A envisager les auteurs qui s'y engagent, la diversité des genres de controverses apparaît extrême. Aux côtés de couples célèbres - HAURIOU et DUGUIT, EISENMANN et SAVATIER (11), ...-, figurent des noms moins connus ; il est sans doute inutile de relever que toutes les bonnes thèses de doctorat comportent une part de controverse, mais il serait significatif de montrer qu'elle ne se retrouve plus guère que là. De même, certaines controverses opposent des juristes de même spécialité, tandis que les préoccupations différentes d'autres auteurs contribuent à expliquer leur désaccord ; la controverse

(9) M. VILLEY, op. cit., Arch. Philo. Droit, 1982, t. XXVII, p. 272. -C'est la raison- le risque de confusion entre dialectique judiciaire et méthode doctrinale- pour laquelle nous préférons parler de "méthode des controversistes", plutôt que de dialectique. L'expression employée a également le mérite de rappeler que ces controversistes ont existé et, par conséquent, de souligner que nous aspirons davantage à une restauration qu'à une innovation.

(10) Comparer GROTIUS, Le droit de la guerre et de la paix, Préface § 40, cité par R. PEREZ PERDOMO, op. cit., p. 232, note 4. -Adde Ch. PERELMAN, Traité de l'argumentation, p. 4 : la référence à l'idée d'évidence.

(11) Sur le premier exemple, voir notamment : A. de LAUBADERE, Le Doyen Maurice HAURIOU et Léon DUGUIT, Journées Hauriou, 1969, p. 210. -Sur le second, cf. R. SAVATIER, Du droit civil au droit public, 1945, 2ème éd., 1950, L.G.D.J. -Et les opinions divergentes de Ch. EISENMANN, R.D.P. 1952, p. 903 ; H. MAZEAUD, D. 1946, chron. p. 17. -J. RIVERO, D. 1946, Chron. p. 25. -Adde, F. GENY, Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. DUGUIT, Rev.tr.dr.civ. 1923, p. 779.

profite alors de ces rapprochements qui lui donnent ampleur et profondeur : l'exemple de la théorie de la personnalité morale étudiée en droit public et en droit privé, en droit commercial et en droit du travail est, à cet égard, une référence. Il y a aussi des débats entre universitaires, alors que d'autres voient des praticiens entrer en lice au point que, parfois, l'Ecole et le Palais semblent s'opposer en tant que tels (12). Enfin, les controversistes sont, selon les cas, contemporains les uns des autres ou non (13). Cette remarque rejoint les observations qu'il faudrait faire sur l'origine des controverses. L'exemple de la controverse sur le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation des lois vaut ici bien des réflexions générales. En 1935, Henri CAPITANT lance seul la controverse en partant en guerre contre une pratique doctrinale bien établie et en raisonnant de manière très générale, sans référence à tel ou tel cas particulier (14) ; il faut souligner qu'il déduisait son principal argument du droit comparé. Avait-il présumé de son audience ? Rétrospectivement, son initiative paraît bien être restée sans lendemain. Quarante ans plus tard, se situant au même niveau de généralité, des auteurs réfutent pourtant la thèse de CAPITANT comme si elle était devenue l'opinion commune des docteurs (15). C'est alors qu'un cas particulier d'inter-

(12) J. AUDINET, *Réflexions sur la pratique notariale*, J.C.P. 1957, I, 1361. -E.S. de la MARNIERRE, *Quelques observations sur la pratique contractuelle comme source de droit positif*, J.C.P. 1957, I, 1376. -M. COUDERC, *Les travaux préparatoires ou la remontée des enfers*, D.S. 1975, Chron. XL, p. 249 et *La difficile parole du législateur (à propos de l'art. 8 de la loi n. 76-978 du 29 oct. 1976)*, D.S. 1977, Chron. XXIV, p. 183. -B. BOCCARA, J.C.P. 1977, I, 2834 et J.C.P. 1978, I, 2897. -Exemples parmi d'autres.

(13) V. les controverses entre MARCADE et TOULLIER in V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code napoléon*, t. 1, 6ème éd., Paris, 1866, p. XXI. -entre F. GENY et ses prédécesseurs dont il critiquait la méthode exégétique. -entre M. COUDERC, op. cit. et H. CAPITANT, *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires*, D.H. 1935, chron., p. 77 et s. et *Recueil Gény*, t. II, p. 204, Sirey, 1935.

(14) Cf. H. CAPITANT, op. cit. -Il est vrai qu'il entraînait en controverse avec F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, essai critique, t. 1, 2ème éd., 1932, p. 293, n. 104.

(15) G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, *Les cours de droit*, 1970-71, p. 178 et s. -M. COUDERC, op. cit., D.S. 1975, Chron. XL, p. 249.

prétation relance le débat (16) ; la controverse apporte un notable progrès à l'analyse en se reportant, par exemple, sur la notion de texte clair ; et ce même si la discussion doctrinale cache, en réalité, un autre enjeu, à savoir la faveur pour la réforme à interpréter ou, au contraire, la réserve à son égard.

La variété des controverses doctrinales n'est pas moindre quant à leur objet que quant à leurs auteurs. Bien souvent, la discussion la plus visible porte sur le fond, sur l'application ou sur la signification d'une règle. Il en fut ainsi dans le riche débat qui opposa les auteurs sur le point de savoir si la création d'une servitude par la destination du père de famille supposait le double caractère continu et apparent ou si ce dernier caractère suffisait (17) ; il en est de même lorsque des auteurs veulent compter l'héritier réservataire renonçant dans le calcul de la réserve contre l'opinion de quelques autres (18). Les controverses doctrinales ne débouchent pas toujours sur ce genre de difficultés assez concrètes ; il serait d'ailleurs presque impossible de faire le départ, dans chaque hypothèse, entre les prises de position directement utilitaires, liées à l'issue du procès, et celles qui ont un caractère plus intellectuel et désintéressé. Même en laissant de côté la philosophie du droit, pourtant peu propice à l'unanimité, il faut rappeler les nombreuses discussions que le début de ce siècle a multipliées sur des concepts, comme celui de personne morale, de droit subjectif, ...

(16) B. BOCCARA, J.C.P. 1977, I, 2834 et les autres références citées *supra* en note 12.

(17) Pour une présentation condensée des six thèses en présence, cf. Jur. Gén. Dalloz, v^o Servitudes, p. 266 et s. -Il y eut deux interprétations soi-disant cumulatives qui sacrifiaient, en réalité, un texte à l'autre (Duvergier, Marcadé,... et Delvincourt, Maleville,...) et quatre interprétations distributives cherchant à distinguer deux hypothèses distinctes auxquelles correspondrait chacun des deux textes.

(18) F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit Civil, Les successions, Dalloz, 1983, n. 626, p. 570. -G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit Civil, Les successions et les libéralités, Sirey, 1983, n. 421 et s., p. 318. -V. MARCADE, op. cit., t. 3, 1866 n. 536, p. 431 et s. : "c'était un point regardé comme constant. Mais c'était pourtant une erreur". -Jur. gén. Dalloz, v^o dispositions, p. 261, n. 756.

voire sur la méthode juridique (19). L'interprétation des mouvements du droit est encore à l'origine de querelles (20), souvent nées à l'occasion de grandes réformes ; l'inspiration législative et ses paris, les idées avancées et les espoirs qu'elles fondent, les objectifs poursuivis et les techniques mises en oeuvre, tout cela est matière à controverse.

Les controverses doctrinales se différencient encore nettement les unes des autres par leur durée. Certaines sont brèves ; il suffit d'une charge de cavalerie pour emporter le bastion, sauf à le voir reprendre le siège plusieurs années plus tard (21). D'autres polémiques ont un caractère récurrent, chacun restant sur ses positions sans paraître ni progresser, ni reculer (22).

(19) Parmi d'innombrables exemples et références, il faut songer aux interventions de F. GENY, de J. BONNECASE sur la méthode. -Sur le droit subjectif, MICHOU, SALEILLES, DUGUIT, KELSEN, ... -Sur la personnalité morale, les Exégètes, PLANIOL, MICHOU, WALINE, ... Sur la méthode en Science politique, cf. B. LACROIX et P. FAVRE, Controverse sur l'emploi de l'analyse systémique en science politique, Annales de la Faculté de Droit de Clermont, fasc. 11, 1974, p. 275. -Sur les quasi-contrats, encore une controverse d'autrefois, cf. A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 3ème éd., 1980, n. 790, p. 889.

(20) G. RIPERT, Le déclin du droit, L.G.D.J., 1949. -Cf. les références citées in G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, P.U.F., 1974, p. 63 et in A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, La famille, Dalloz, 5ème éd., 1983, p. 463, note 2 : controverses sur les réformes récentes du Code civil. -Et pour un exemple récent en droit public, D. LINOTTE, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, A.J.D.A., 1980, p. 632 ; la réponse de S. RIALS, Sur une distinction contestable et un trop réel déclin : à propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge, A.J.D.A., 1981, p. 115 ; et en commun, conclusion d'une controverse, A.J.D.A., 1981, p. 202.

(21) J. DABIN, Rev. tr. dr. civ. 1962, p. 20 répondant à S. GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, L.G.D.J. 1960. -Cf. F. ZENATI, Essai sur la nature juridique de la propriété, thèse dactylographiée, 2 tomes, Université Jean Moulin (Lyon).

(22) Cf. la controverse sur le principe d'interprétation stricte des exceptions, G. CORNU, op. cit., Les cours de droit, 1970-71, p. 203 et 212 et s. : malgré une démonstration particulièrement brillante et convaincante des limites de ce principe, il continue d'être invoqué par bien des auteurs sans précaution particulière.

La forme de ces controverses n'est pas moins riche d'enseignements. Certaines sont explicites ; chacun y nomme son adversaire. Dans d'autres cas, la querelle est plus feutrée ; il faut songer, par exemple, à celle qui oppose, à l'heure actuelle, les utilisateurs inconditionnels du principe d'interprétation stricte des exceptions (23) à ceux qui en ont définitivement démontré l'absence de justification (24). De même les modes d'expression changent d'une controverse à l'autre ; s'il est assez rare qu'un livre soit principalement l'instrument d'une controverse juridique (25), les notes d'arrêt comme les articles les plus documentés permettent de fourbir les armes ; il est d'ailleurs probablement plus aisé d'influencer les juges que le législateur par des écrits doctrinaux. La polémique peut encore trouver place dans des chroniques, voire dans des cours. Plus significatif encore est le nombre des adversaires. L'unité n'est pas exclue, soit qu'un auteur s'oppose, consciemment ou non, aux opinions qu'il avait précédemment défendues, soit qu'il crée lui-même son contradicteur ; les hypothèses ne sont ni les plus rares, ni les moins prestigieuses où les tenants d'une thèse élaborent eux-mêmes la thèse adverse, en la nommant et en accusant ses traits les plus contestables, pour mieux justifier leur position et donner plus de vigueur à leurs critiques. Ce fut le cas du Doyen GENY dans sa lutte contre l'exégèse (26) ; ce fut le cas de GOUNOT lorsqu'il combattit la théorie de l'autonomie de la volonté (27). Le plus souvent pourtant, les controverses doctrinales tiennent du duel ou, au contraire, de la bataille rangée (28). Enfin, les juristes ont

(23) Pour un exemple, significatif dans sa brièveté, cf. B. BOCCARA, D.S. 1982, chron. VII, p. 42.

(24) Cf *supra* note 22.

(25) Faudrait-il citer A. DUMAS fils, La question du divorce, (1879) ? -Cf M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, t. 1, 1896, n. 2158 sur le droit réel, mais l'ouvrage était général.

(26) Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, déjà cité. -Cf. G. CORNU, op. cit., Les cours de droit, 1970-71, p. 164.

(27) En ce sens, V. RANOUIL, L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, préface J.Ph. LEVY, P.U.F., 1980.

(28) V. les exemples cités *supra* en notes 11 (duel HAURIOU-DUGUIT) et 17. -Adde ceux cités in J. MESTRE, La subrogation personnelle, préface P. KAYSER, L.G.D.J., 1979, not.n. 212 et 275. -Adde F. BOULAN : J.C.P. 1973, I, 2563 et R. VOUIIN : D.S. 1973, Chron., p. 265.

aussi leurs kamikases qui s'engagent seuls contre tous, comme pour le plaisir (29). Il suffirait alors d'évoquer la méthode employée par BONNECASE citant systématiquement de longs extraits des oeuvres qu'il allait ensuite pourfendre ou encenser (30), pour que la conclusion semble s'imposer : l'importance des controverses doctrinales est affaire de tempéraments. Il y a eu, il y aura toujours des controversistes et des pacifiques... Il n'y a pas là de théorie à construire. L'éventuel déclin de la controverse doctrinale ne serait que le résultat d'un hasard, heureux ou malheureux, et de la bonne éducation de nos contemporains.

Pourtant, les quelques exemples brièvement rappelés fournissent déjà des indications en sens contraire. Tout d'abord, leur nombre et l'importance des questions débattues attestent que le phénomène de la controverse doctrinale n'a rien d'anecdotique ou de marginal ; ils seraient fort étonnés tous ceux qui croient que juridique est synonyme d'assuré s'ils découvraient un jour qu'il y a tant de points sur lesquels les réponses divergent. Ensuite, même sans avoir établi de statistique précise, il semble possible d'affirmer que la grande période des controverses doctrinales est derrière nous ; elles furent certainement plus riches et plus nourries de 1804 à 1940 que durant les dernières décennies. Les quelques polémiques que nous connaissons encore ne sont plus que des épisodes dans une histoire doctrinale faite d'explications (de lois, de décisions) beaucoup plus que de discussions. L'extrême diversité initiale des types de controverses tenait à un parti pris ; le droit ne pouvait être étudié, sur chaque point, qu'au travers d'une argumentation dialectique. Ce qui décline, ce ne sont pas les désaccords entre auteurs plus ou moins isolés ; c'est la méthode de ces controversistes systématiques qu'étaient les commentateurs du Code civil notamment. La description prend le pas sur l'argumentation. Cette conviction servira ici de postulat.

(29) Ce fut le cas de PLANIOL partant en guerre contre la définition classique du droit réel ou de CAPITANT (note 14).

(30) Supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE. -Science du droit et romantisme, Sirey, 1928. -Philosophie de l'impérialisme et science du droit, Delmas, 1932. -La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. -L'école de l'exégèse, 1924. Il faudrait aussi citer TROPLONG.

En soi, cette évolution paraît devoir retenir l'attention. Elle éclaire, en effet, deux aspects fondamentaux de ce qui pourrait constituer l'objet propre d'une épistémologie juridique strictement entendue, c'est-à-dire la connaissance du droit. Examiner la controverse doctrinale, c'est d'abord préciser la conception que la doctrine se fait du droit ; le recours systématique à la discussion **pro et contra** peut être le signe d'un refus de se soumettre par principe à une autorité, à celle de la Cour de cassation par exemple à qui d'autres auteurs attribuent le monopole de la décision. S'il est admis qu'un organe a pouvoir de dire le droit et de le fixer, la discussion ne peut avoir pour objet que de l'éclairer, au plus de l'influencer ; elle ne peut avoir pour fonction de découvrir une vérité qui apparaîtra, seulement mais évidemment, lorsque l'autorité aura tranché. Etudier la controverse doctrinale, c'est ensuite et plus précisément se donner le moyen de définir l'image que la doctrine juridique a d'elle-même, de son rôle et de son pouvoir. Il est révélateur qu'un auteur engagé dans une discussion renonce à la thèse qu'il avait savamment justifiée, simplement parce qu'un tribunal a adopté l'opinion inverse (31) ; il ne l'est pas moins qu'un autre juriste continue de marquer sa réprobation devant une solution consacrée de la manière la plus ferme par la plus haute des juridictions civiles (32), comme si la discussion lui paraissait demeurer ouverte.

(31) L'importance excessive attachée à la jurisprudence est, à la fois, une cause et un signe particulièrement révélateur du déclin de la méthode des controversistes -notre postulat- : cf. dans la controverse relative à l'art. 334-9 du Code civil, P. RAYNAUD, L'interprétation de l'art. 334-9 du Code civil, D.S. 1975, Chron. XLI, p. 257, n. 1 : "la parole est maintenant à la jurisprudence..." -B. BOCCARA, J.C.P. 1978, 12897, n. 96 : "tout revient à l'appréciation des tribunaux" (comparer du même auteur : D.S. 1982, Chron. VII, p. 42). -J. VIATTE, Journ. not. 1982, p. 452 : "la jurisprudence est ce qu'elle est", argument destiné à mettre fin à la controverse sur l'art. 2149 C. civ. Bien d'autres citations pourraient être ajoutées à celles-là. -Peut-être faut-il remarquer que l'appel à l'intervention législative n'est pas fondamentalement différent du point de vue qui nous occupe.

(32) F. TERRE et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les successions, Dalloz, 1983, n. 626, p. 570. -Comparer, sur la personnalité morale des sociétés civiles, E. THALLER, Traité élémentaire de droit commercial, ROUSSEAU, 1898, n. 224, p. 153.

Ainsi présentée, la réflexion sur l'évolution de la controverse doctrinale pourrait sembler relever davantage de la théorie générale que de la philosophie du droit. C'est pourtant une question primordiale que celle des liens entre les méthodes pratiquées par la doctrine et les philosophies qui l'influencent. La marque de certaines philosophies du droit se retrouve au coeur du phénomène du déclin de la controverse doctrinale ; elles expliquent aisément le jugement favorable porté par certains sur ce phénomène. En se ralliant à une autre philosophie du droit, il devient évident que le droit français ne se conçoit pas sans controverse systématique. Expliquer l'amenuisement du rôle de la controverse, c'est montrer qu'elle doit demeurer une pièce majeure du mécanisme de formation du droit. Si le mouvement actuel du droit conduit au déclin de la controverse doctrinale, celle-ci doit rester l'âme du mouvement du droit.

A - LE MOUVEMENT DU DROIT PRIVE : VERS LE DECLIN DE LA CONTROVERSE

Comment expliquer ce changement radical de méthode qui a consisté, pour la doctrine juridique française, à ne plus considérer la controverse comme une démarche normale ? Son abandon peut être considéré comme le signe d'une véritable "*révolution scientifique*" (33). Ce changement de méthode pourrait bien révéler un changement de nature de l'objet de la science du droit. Le notable est que cette révolution-là ne se soit accompagnée d'aucune controverse ; nulle voix ne s'est élevée pour défendre la méthode des controversistes qui est devenue caduque sans avoir jamais été contestée (34).

(33) Th. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1962, Flammarion, 1983, Trad. L. MEYER. -La référence à cet auteur ne signifie nullement que son épistémologie scientifique serait supérieure aux autres, ni même qu'elle serait mieux adaptée à l'examen des méthodes de la connaissance du droit ; son livre est invoqué, non comme un modèle, mais comme celui qui présente les sciences d'une manière assez proche de ce que les juristes imaginent à leur propos.

(34) KUHN en aurait déduit - c'est déjà un argument pour la thèse "réaliste", cf. *infra* -qu'il n'y avait pas eu là de "révolution scientifique" (op. cit., p. 24) ; ce serait probablement une erreur.

C'est à ce point qu'il faut reprendre la réflexion : ce mouvement du droit vers le déclin de la controverse est-il bienfaisant ? Beaucoup d'auteurs semblent penser qu'il a correspondu à un progrès ; la méthode doctrinale actuelle serait supérieure à celle du XIXème siècle et le droit d'aujourd'hui aurait gagné en certitude. Le passage d'un droit-raisonnement (35) à un droit-commandement est, à leurs yeux, comparable à la succession des ères métaphysique et positive. Ce rapprochement de l'évolution du droit et de celle des sciences de la nature notamment ne peut, pourtant, être tenu pour une évidence. Surtout, il n'est pas sûr que le droit privé français d'aujourd'hui soit plus clairement établi que celui d'il y a cinquante ou cent ans ; l'accumulation des connaissances sur certains points, les réformes ou revirements sur d'autres n'ont pas nécessairement abouti à ce résultat. C'est pourquoi, en regard d'explications favorables ou optimistes du déclin de la controverse, il faut mettre d'autres explications, semble-t-il, plus réalistes.

a - Explications favorables

Deux ordres d'explications sont avancées, plus ou moins explicitement, pour présenter le déclin de la controverse doctrinale comme le symptôme d'une amélioration de la méthode juridique en droit privé. La première relève de l'épistémologie ; elle porte principalement sur la démarche employée pour l'étude de cet objet de connaissance particulier qu'est le droit. La seconde explication est d'ordre plus directement idéologique ; c'est le droit lui-même et la façon dont il se justifie qui lui servent d'hypothèses.

(35) Comparer M. MIAILLE, Une introduction critique au droit, Maspéro éd., 1980, p. 225-226 qui semble bien reconnaître le déclin de la controverse doctrinale - voir *infra* l'intervention de M. B. EDELMAN qui lui demanderait quel peut être "l'enjeu" d'une telle affirmation - lorsqu'il évoque "la logique du raisonnement dialectique, critique, concret sur le droit, telle que des enseignants pourraient l'utiliser" !

1. Explication d'ordre épistémologique

1 - La thèse est simple à exposer. Selon une opinion répandue et insidieusement soutenue, l'étude du droit aurait connu une évolution assez voisine de celle des sciences de la nature (36). La doctrine privatiste du XIX^{ème} siècle aurait été dans la situation qui était celle des chimistes ou des physiciens au XVII^{ème} ; comme ceux-ci, elle aurait connu, à cette époque, non pas *"une seule théorie généralement acceptée, mais au contraire plusieurs écoles et cénacles concurrents"* (37). La controverse aurait donc sévi à titre de rançon des incertitudes conceptuelles et d'un *"confusionnisme"* métaphysique que les auteurs ne parvenaient pas à surmonter. Il serait trop facile d'évoquer toutes ces grandes querelles sur la personnalité morale, sur le droit subjectif qui ont révélé leur futilité en se tarissant sans avoir été réglées. Le célèbre auteur de l'ouvrage intitulé *"La structure des révolutions scientifiques"* ne se demandait-il pas, lui-même si les sciences sociales suivaient, dans leur évolution, le modèle des sciences de la nature (38) ? De fait, il faut y insister : les juristes ont cessé de s'interroger sur bien des concepts abstraits. Sans les avoir abandonnés, mais sans les avoir justifiés, ni même véritablement définis, ils ont renoncé à en discuter. Tout semble se passer comme s'ils n'avaient plus besoin de savoir pourquoi ces notions ont acquis leur rôle éminent (39) ; ils ne les utilisent plus que comme des *"outils techniques"* (40). Ainsi, en droit comme en physique, en chimie ou en biologie, ces restrictions du *"champ visuel de la science... nées de la confiance en un paradigme se révèlent essentielles pour le développement de la science"* (41) ; ce sont elles qui diminuent le nombre des controverses et changent probablement leur nature.

(36) Cf. les idées reprises à son compte par P. FORIERS in La pensée juridique de Paul FORIERS, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1982, t. 1, p. 225 : "la science du droit n'est pas une science morale, une science formelle, mais une science d'observation et d'expérimentation, comme d'ailleurs toute branche du savoir qui mérite le nom de science".

(37) Th. S. KUHN, op. cit., p. 32, 38, 223.

(38) Th. S. KUHN, op. cit., p. 10-11, mais pour une nuance, cf. p. 282.

(39) Th. S. KUHN, op. cit., p. 75.

(40) Th. S. KUHN, op. cit., p. 117.

(41) Th. S. KUHN, op. cit., p. 47 et 61.

Le parallélisme entre l'évolution épistémologique du droit et des sciences de la nature peut être poursuivi sur des points particuliers. Ainsi, un très fort indice de la parenté des mouvements qui animent ces disciplines est la "dépréciation du fait historique" (42). Il est indéniable que les juristes contemporains, même lorsqu'ils examinent des règles directement issues du droit romain, oublient volontiers, et sans aucune mauvaise conscience, de tirer les enseignements des expériences antérieures ; il n'est pas moins manifeste que, dans les Facultés de Droit, la formation historique tend à être assurée pour elle-même et non comme une véritable préparation à l'étude du droit civil, du droit commercial ou du droit du travail. La rapidité et l'importance des changements intervenus en législation, en jurisprudence et dans la société offrent un alibi rassurant pour se contenter du présent ou d'un passé très proche (43).

2 - En réalité, toute cette présentation du déclin de la controverse doctrinale en droit privé est sous-tendue par une critique de cette méthode elle-même. Sans aller jusqu'à reprocher ouvertement aux juristes de suivre le mauvais exemple des Exégètes bibliques et autres controversistes religieux (44), il est assez facile d'accumuler les griefs contre les commentateurs du Code civil et leurs successeurs proches ou lointains. La controverse est d'abord présentée comme une méthode artificielle. Ces assauts de subtilité paraissent ignorer l'enjeu concret des débats et multiplier les arguties pour utiliser les textes ainsi malmenés en faveur de telle ou telle opinion. "*L'argumentation ... (est) souvent dirigée autant vers les théories des autres écoles que vers la (réalité) elle-même*" (45). Il faut, de plus, noter que la démarche des controversistes -et ce n'est pas un mince handicap dans la doctrine juridique française d'après François GENY, Julien BONNECASE et quelques autres- a partie liée avec l'exégèse. Le caractère

(42) Th. S. KUHN, op. cit., p. 192.

(43) Un autre indice révélateur serait à tirer du rôle du livre dans chaque discipline : cf. Th. S. KUHN, op. cit., p. 42.

(44) Cf. F. OST et J. LENOBLE, Droit, mythe et raison, Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, Publications des Facultés Univ. Saint Louis, 1980, p. 155 et 161.

(45) Th. S. KUHN, op. cit., p. 33. -Comparer F.-L. MUELLER, L'irrationnalisme contemporain, Payot, n. 159, 1970, p. 15. -E. KANT, op. cit., p. 511 : "ce qui est ici en litige, ce n'est pas la chose, mais le ton".

artificiel est encore déduit de la référence illusoire à l'évanescence volonté du législateur. L'analyse des fonctions exercées par ce postulat (46) conduit à la condamnation définitive de ses utilisateurs ; *"l'incontestabilité de la loi est ... le fruit d'un travail d'idéalisation et de croyance... Ainsi, bien plus qu'à l'examen critique de la rationalité du législateur, c'est à la proclamation dogmatique de celle-ci que s'emploie traditionnellement la théorie du droit"* (47). Le résultat serait de cacher les vraies raisons des décisions prises (48) et d'entretenir, en conséquence, une insécurité préjudiciable aux citoyens. La controverse doctrinale doit, ensuite, essayer un deuxième reproche, celui de favoriser un dogmatisme intolérant et sectaire. Elle masquerait, en d'autres termes, une certaine étroitesse d'esprit et un élitisme peu dans l'air du temps. Il est vrai que, le plus souvent, ne s'engagent dans les querelles publiques que des maîtres consacrés ou, au moins, des juristes de rangs comparables ; pourtant, les thèses de doctorat ont toujours été l'occasion de controverses où le juriste débutant combat les positions les mieux assurées (49). C'est sans doute pourquoi la critique de la démarche controversiste se déplace ; il lui est fait grief de restreindre le choix des arguments utilisables, de *"réduire la portée véritable du conflit tant individuel (béance personnelle du sujet) que collectif (oppositions d'intérêts et de classes)"* (50). Plus nettement encore, il est soutenu que le type d'arguments avancés est directement lié *"aux choix idéologiques des uns et des autres et notamment à leur degré d'assimilation à l'ordre social établi"* (51). Enfin, un troisième reproche est adressé à la controverse doctrinale notamment lorsqu'elle s'applique à des textes un peu anciens ; il est d'ordre pratique et vise l'efficacité de la méthode. La controverse est conçue comme s'opposant

(46) F. OST et J. LENOBLE, op. cit., p. 151.

(47) F. OST et J. LENOBLE, op. cit., p. 155.

(48) F. OST et J. LENOBLE, op. cit., p. 156 à 161.

(49) Pour un exemple célèbre, cf. G. RIPERT, De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, thèse Aix, Paris, 1902, not. p. 135 à 186. -Et il y a d'autres exceptions notables.

(50) F. OST et J. LENOBLE, op. cit., p. 158 : "effet de raréfaction".

(51) Ibid. - C'est évidemment le deuxième référent qui condamne le premier.

à tout progrès de la connaissance du droit parce qu'il y a *"toujours des écoles concurrentes dont chacune remet en question les fondements mêmes des travaux des autres"* (52). Plus gravement encore, elle risque d'augmenter la fureur processive ; *"presque fatalement une époque arrive où, le contentieux ayant envahi la loi, l'interprétation se présente délibérément comme une fourniture d'armes aux belligérants, voire comme une offre d'armes aux belliqueux"* (53).

En définitive, paraissant résulter d'une évolution inévitable et commune à toutes les disciplines, le déclin de la controverse est également perçu, par la doctrine de droit privé, comme un progrès. Tout semble donc aller pour le mieux dans la meilleure des épistémologies possibles. L'explication favorable ou optimiste du déclin de la controverse ne s'arrête d'ailleurs pas là ; elle se poursuit d'un point de vue idéologique. Ce n'est plus alors la connaissance du droit en elle-même qui est en cause, mais son objet, le droit.

2. Explication d'ordre idéologique

Un Maître qui a attaché son nom au renouveau de la théorie de l'argumentation soutient que la rhétorique est la démarche juridique par excellence en se fondant sur une raison principale qui est révélatrice : selon lui, forts d'une expérience séculaire, les *"juristes, après avoir fait dépendre les institutions humaines d'un droit naturel d'inspiration divine -qu'il s'agisse de la Providence des Stoïciens, du Dieu vivant des religions révélées ou du Dieu rationnel des Philosophes- en sont arrivés à élaborer la théorie d'un droit raisonnable, objet du consensus d'une communauté organisée"* (54). Cette présentation n'est peut-être pas très éloignée de la vision kelsénienne ; lorsqu'il prétend dégager la science du droit de toutes les préoccupations de *"politique juridique"* pour faire l'unani-

(52) Th. S. KUHN, op. cit., p. 233.

(53) J. CARBONNIER, Essais sur les lois, Rép. Defrénois, 1979, p. 95.

(54) Ch. PERELMAN, L'empire rhétorique, précité, p. 177. -Opposer Ch. PERELMAN, Traité précité, § 26, p. 136 : "Pour le juriste, est considéré comme un fait non pas ce qui peut prétendre à l'accord universel, mais ce que les textes exigent ou permettent de traiter comme tel".

mité sur un objet de connaissance strictement juridique, KELSEN croit libérer les juristes des incertitudes et discussions inhérentes aux valeurs. Ainsi le déclin de la controverse doctrinale peut-il être accueilli favorablement par les politiques, comme par certains philosophes !

1 - Du point de vue politique, le recul de la controverse doctrinale peut être présenté comme un progrès. L'idéal démocratique ne s'en trouve que mieux respecté. Dans la mesure où les autorités habilitées le sont par leur vocation à s'exprimer au nom du peuple ou de la République, personne d'autre ne peut prétendre avoir vocation à dire le droit à leur place, même par interprétation. Sans aller jusqu'à exiger l'institution du référé législatif, la constitution démocratique de l'Etat semble interdire de reconnaître le pouvoir créateur de la doctrine ou d'autres autorités privées, dénuées de toute vocation représentative. Elle suppose donc que les sources législatives et jurisprudentielles suffisent à former un système juridique complet et achevé. Il n'est évidemment pas étonnant de voir le régime démocratique condamner l'élitisme qui caractérise ou doit caractériser le fonctionnement de la communauté scientifique. La République n'a pas davantage besoin de juristes que de savants ; tous ces "*obscurs universitaires*" (55) sont à clouer au pilori pour le double crime de posséder un langage propre et de disposer un pouvoir de décision que les politiques peinent à canaliser.

2 - Les philosophies du droit viennent d'ailleurs au secours de l'argumentation politique. Le positivisme, en premier lieu, rejette la controverse hors du droit. Il admet qu'elle précède sa formation, mais ne peut imaginer qu'elle lui survive. Dès lors que l'autorité habilitée - par la norme supérieure, ajouterait KELSEN- a tranché, il ne peut plus y avoir de discussion. Les sources formelles du droit sont toutes puissantes pour le faire ; et là où le législateur n'a pas statué, c'est le juge qui retirera la parole aux controversistes. Ainsi conçue, la connaissance du droit semble se prêter à merveille à la vérification expérimentale ; les auteurs peuvent échafauder les plus belles constructions théoriques, mais c'est leur correspon-

(55) C'est ainsi que le ministre de l'urbanisme a désigné un professeur de droit qui s'était permis de critiquer son projet de loi : cf. Cl. GIVERDON, Les rapports collectifs de location, Rev. dt. immob., Sirey, n. spécial 1983, p. 37.

dance avec les décisions du législateur et des juges qui en déterminera la valeur. De là viendra la réponse de la réalité juridique ! En supposant que tout le droit peut être contenu dans la volonté exprimée par quelques autorités, le positivisme retire beaucoup de sa portée à la controverse doctrinale. Il constitue, en cela, la révolution épistémologique majeure, d'ailleurs commune à toutes les sciences ; il pourrait bien être regardé comme cette "*acquisition d'un paradigme*" qui mit fin aux controverses inutiles entre les chimistes, entre les physiciens ou entre les biologistes (56). Il paraît, en effet, éliminer toutes les incertitudes nées de la multiplicité des opinions purement subjectives et impossibles à départager. C'est encore le paradigme positiviste qui guide le choix des points considérés comme établis (57) ; ce sont ceux -songeons à nouveau au droit subjectif, à la personnalité morale, au patrimoine,...- où la controverse apparaîtrait désormais comme un luxe inutile et un jeu de l'esprit (58). Cette étape est franchie quand les principales questions posées reçoivent réponse indépendamment de la théorie adoptée ; ainsi le principe de spécialité des personnes morales fût-il

(56) Th. S. KUHN, op. cit., p. 31,45 et *passim*.

(57) Th. S. KUHN, op. cit., p. 22, 47, 63, 93, 98, 205, 269 et 281.

"Nous avons vu que l'établissement d'un paradigme apporte à une communauté scientifique, entre autres choses, le moyen de choisir des problèmes dont on peut supposer qu'ils ont une solution, tant que l'on tient le paradigme pour acquis. Dans une large mesure, ce sont là les seuls problèmes que la communauté considèrera comme scientifiques ou qu'elle acceptera d'aborder comme tels. D'autres problèmes, dont certains jusque-là avaient paru valables, sont alors rejetés, parce que d'ordre métaphysique, ou relevant d'une autre discipline, ou parfois parce que trop problématiques pour valoir la peine d'y passer trop de temps. Un paradigme peut même tenir le groupe des chercheurs à l'écart de problèmes qui ont leur importance sociale mais ne sont pas réductibles aux données d'une énigme parce qu'ils ne se posent pas en termes compatibles avec les outils conceptuels et instrumentaux que fournit le paradigme. Que de tels problèmes puissent constituer une distraction est brillamment illustré par diverses facettes du baconianisme du XVII^e siècle et certaines sciences sociales contemporaines. L'une des raisons qui fait que la science normale semble progresser si rapidement est que ses spécialistes se concentrent sur des problèmes que seul leur manque d'ingéniosité devrait les empêcher de résoudre." (p. 63).

(58) Ibid.

détaché des deux conceptions entre lesquelles se divisait la doctrine ; il pouvait être défendu et justifié par les tenants de la fiction, comme par les adeptes de la réalité (59). Progressivement vidées de leur enjeu pratique, les controverses devaient se tarir. Il se vérifie alors que *"le progrès du droit consiste en l'élaboration de techniques, toujours imparfaites, permettant de concilier des exigences opposées"* (60). Même les innovations, d'ailleurs toutes relatives le plus souvent, ne parviennent plus à redonner vie à la controverse doctrinale. *"Le fait nouveau n'est pas tout à fait un fait scientifique"* et c'est la fonction du paradigme que d'en permettre la récupération (61). Notamment, *"l'image du législateur rationnel fournit le principe d'un progrès juridique intégré, d'une expansion quantitative sans rupture qualitative"* (62).

Le sociologisme ne se séparerait sans doute pas sur un tel point du positivisme. Pour lui aussi, le déclin de la controverse est souhaitable. Cette convergence n'a pas de quoi étonner dès lors que positivisme et sociologisme traitent le droit comme un fait brut et extérieur, un objet de connaissance qui peut être saisi, à un moment donné, comme tel. Dès lors que le droit est conçu comme un système clos et comme un phénomène achevé, peu importe qu'il soit le produit direct des comportements et mentalités de la société ou des décisions d'autorités habilitées ; dans les deux cas, la controverse doctrinale ne peut être perçue que comme une anomalie passagère, comme un exercice gratuit et comme une perversion du vrai droit qu'il suffit de lire dans la société ou dans les colonnes des recueils législatifs et jurisprudentiels.

Encore faut-il être bien conscient de ce que supposent toutes ces affirmations ! Même en admettant qu'il soit souhaitable de diminuer le nombre et la gravité des incertitudes du droit positif, même en admettant qu'il

(59) Cf. L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, t. II, 1909, n. 244, p. 146. -S. BASTID et alii, La personnalité morale et ses limites, Travaux de l'Institut de droit comparé, t. XVIII, L.G.D.J., 1960, p. 14.

(60) Ch. PERELMAN, Traité précité, § 89, p. 554.

(61) Th. S. KUHN, op. cit., p. 83. -Adde p. 98.

(62) F. OST et J. LENOBLE, op. cit., p. 160-161.

soit souhaitable de réduire la place de la doctrine juridique dans la formation du droit, rien ne permet de dire ni que ce résultat soit déjà atteint, ni même qu'il puisse l'être. C'est sur cette conviction que peut s'élever une explication plus réaliste du déclin de la controverse doctrinale en droit privé.

b - Explication réaliste

1950 : la controverse doctrinale ne cesse de perdre de l'importance. 1950 : les juristes en activité ont, pour la plupart d'entre eux, reçu une formation en rhétorique beaucoup plus faible que celle de leurs prédécesseurs et cette situation ira en s'aggravant notamment avec la réduction de l'enseignement des langues mortes. C'est donc au moment où les juristes n'avaient plus la même aisance dans le maniement des armes de la dialectique qu'ils ont adopté une notion scientifique et politique du droit qui les dispense de s'en servir ; se pourrait-il qu'il y ait là une simple coïncidence, un pur hasard, comme le laissent entendre les explications optimistes du déclin de la controverse ? Il est permis de se demander si le recul de la méthode des controversistes ne trouve pas son origine dans la doctrine elle-même, dans sa démarche propre. Pour s'engager dans cette voie, il convient de revenir sur le rapprochement de l'évolution du droit et des sciences, en éprouver la valeur, avant de réfléchir sur quelques caractéristiques de la méthode doctrinale actuelle.

1. Critique de l'amalgame épistémologique

1 - Qu'il y ait quelques ressemblances entre l'évolution des modes de connaissance juridique et celle des méthodes scientifiques, c'est probable. Encore faut-il être particulièrement prudent dans toute tentative d'extrapolation ! Il n'est assurément pas possible de soutenir que le déclin de la controverse doctrinale en droit privé correspond à l'achèvement d'une période pré-scientifique et à l'adoption d'un paradigme. Trois raisons décisives condamnent cette analyse. La première est que les discussions ont cessé sur des points où rien n'était réglé. Autrement dit, pour paraphraser KUHN, les soi-disant paradigmes juridiques sont loin de résoudre tous les problèmes qui se posaient à eux et ne sont pas devenus des "outils tech-

niques" (63). Ainsi il n'est pas vrai que la controverse sur la personnalité morale ait été abandonnée en raison de son inutilité et parce qu'elle ne méritait plus la recherche. La preuve en est, par exemple, que l'une des conséquences pratiques majeures du choix de telle ou telle analyse demeure en suspens ; la fonction assignée à la notion d'intérêt social est bien loin d'être déterminée avec certitude. Or une telle question ne peut être résolue sans prendre parti sur la nature de la personnalité morale ; selon que vous y verrez une technique aussi neutre que possible ou une technique consacrée à la poursuite de certains objectifs, vous ne pourrez évidemment aboutir à la même conclusion. La deuxième raison qui interdit de prétendre expliquer la raréfaction des controverses par une quelconque "*révolution scientifique*" tient aux caractéristiques mêmes de ces controverses doctrinales. Les conflits entre juristes n'ont jamais pris un tour suffisamment "*aigü*" pour mettre en cause les fondements mêmes du droit (64). L'absence des techniques expérimentales n'a pas permis de donner définitivement tort à l'un ou à l'autre, c'est-à-dire de condamner toute une analyse juridique fondamentale. Tout au contraire, le droit multiplie les mécanismes de transition douce afin d'éviter une trop grande insécurité. La fiction en est l'exemple le plus classique. Pour mesurer toute la continuité qui caractérise l'histoire des concepts juridiques, il suffit de raisonner sur le cas du consensualisme. Quelle considérable évolution que de soustraire l'efficacité des actes juridiques à l'accomplissement de formalités pour la rattacher au seul pouvoir de la volonté ! Pourtant, même un tel changement de système de pensée s'est effectué sans rupture, sans heurt et, à tout prendre, presque sans conséquence visible. Il a suffi de "*préparer le terrain*" en ayant recours à des clauses affirmant fictivement que les formalités avaient été accomplies, puis de sous-entendre ces clauses, avant d'inverser plus ou moins nettement le principe (65). Enfin la différence entre les controverses juridiques et les controverses scientifiques, c'est que les premières n'ont jamais abouti à des "*bouversements*" tels qu'après leur dénouement, le droit serait apparu comme fondamentalement différent de ce qu'il

(63) Th. S. KUHN, op. cit., p. 117.

(64) Th. S. KUHN, op. cit., p. 109.

(65) Cf. C. ATIAS, Le transfert conventionnel de propriété immobilière, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974, p. 13 à 56.

était auparavant. Quel partisan d'une thèse quelconque oserait soutenir qu'après sa consécration, rien ne sera plus comme avant et qu'il faudra revoir toutes les notions juridiques fondamentales (66) ? Un Pasteur, un Einstein auraient pu le dire. La seule évolution d'ordre juridique qui aurait pu être analysée ainsi est celle qui a abouti à la méconnaissance du droit naturel. Il y avait certainement là une "*révolution scientifique*", un "*changement de paradigme*" ; mais ce bouleversement ne s'est jamais complètement réalisé et la controverse, d'ailleurs discrète, dont il a été l'occasion (67) a été soigneusement tenue à l'écart par les juristes qui l'ont prudemment laissée aux philosophes.

2 - Le déclin de la controverse doctrinale en droit privé n'est donc pas le signe d'un progrès épistémologique majeur. Il a plutôt son origine dans les trois obstacles que la constitution actuelle de la doctrine oppose à l'emploi de la méthode controversiste. En premier lieu, l'étude du droit privé n'a pas donné lieu à la formation d'une véritable communauté de savants, d'une "*communauté scientifique*". Les opinions soutenues, les résultats débattus n'y sont guère considérés comme des acquis communs. C'est notamment la raison pour laquelle les écrits juridiques sont rarement brefs. Il faut, en toute occasion, reprendre toutes les notions élémentaires pour en vérifier et en préciser la signification ; à l'inverse du physicien, du chimiste ou du biologiste, le juriste ne peut jamais, ou presque jamais, "*commencer ses recherches là où s'arrête le manuel*" (68). L'absence de "*communauté scientifique*" des privatistes tient aussi peut-être au refus de l'approche historique qui fournirait des références communes à partir desquelles la controverse pourrait s'élever ; l'oubli progressif des grands commentateurs du Code civil a notamment cet inconvénient de priver les juristes contemporains d'une source de controverses particulièrement riche. Enfin l'impossibilité de constituer une "*communauté scientifique*" tient à l'opposition idéologique qui sépare très radicalement marxistes -entendez : non pas ceux qui utilisent certains apports de la pensée marxiste, mais ceux qui adoptent ce système global- et non-marxistes. Une amélioration

(66) Comparer Th. S. KUHN, op. cit., p. 83, 121, 157 et 205.

(67) KUHN, rappelons-le, fait de la controverse un indice de révolution : op. cit., p. 106, 108, 132.

(68) Th. S. KUHN, op. cit., p. 41.

du droit français est perçue par les premiers comme un risque de "démobilisation" des masses et un recul de la lutte des classes, seule source de progrès effectifs (69) ; toute protection juridique est considérée par eux comme prenant celui qu'il ne faudrait pas appeler son bénéficiaire pour "cible" (70). Il va de soi qu'une telle présentation repose sur une conception du droit qui est tellement éloignée de la vision classique qu'aucun dialogue n'est possible d'un système à l'autre. A dire le vrai, marxistes et non-marxistes ne parlent pas de la même chose dès lors que les premiers attendent du droit qu'il n'entrave pas le cheminement dialectique vers la révolution et le dépérissement de l'Etat, c'est-à-dire qu'au besoin, il attise les luttes, alors que les seconds lui demandent de favoriser ou, au moins de ne pas troubler, l'harmonie sociale. Le deuxième obstacle au développement de la controverse doctrinale, c'est l'absence d'écoles (71). Ces groupes qui se réunissent autour d'un homme et d'une pensée doivent se définir par rapport à eux-mêmes et par rapport aux autres ; ils précisent ainsi les acquis communs. La controverse en est l'occasion, le moyen et, tout à la fois, le résultat. Or les juristes ne veulent plus former d'écoles ; sur les points mêmes où ils s'entendent, ils ne ressentent pas le besoin de construire une théorie commune et relativement stable. Mais dire cela, c'est déjà évoquer le troisième et principal obstacle à l'emploi de la méthode des controversistes. Si le droit privé ignore, en France spécialement, toute "communauté scientifique" et s'il n'a pas d'écoles constituées, c'est peut-être parce qu'il manque cruellement de théorie.

Dans la doctrine privatiste de cette deuxième moitié du vingtième siècle, la réflexion sur les concepts, sur leurs origines historiques, idéologiques et sociales, leur mode de formation, la réflexion sur la raison d'être

(69) Cf. F. COLLIN et alii, *Le droit capitaliste du travail*, Presses Univ. de Grenoble, n. 5, 1980, not. p. 155. -Il s'agit ici, non des juristes qui cherchent à révéler l'effet induit et second de certaines mesures juridiques, mais de ceux qui prétendent mettre en lumière une conséquence primordiale, voire délibérée, du droit bourgeois.

(70) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, Publications des Facultés univ. Saint-Louis, 1981, p. 105.

(71) Comparer Th. S. KUHN, *op. cit.*, p. 223-224, 241.

des règles confrontée à leurs conséquences théoriques et pratiques, la réflexion synthétique approfondie ont cédé le pas aux commentaires législatifs et jurisprudentiels, voire aux théories très partielles, c'est-à-dire aux études directement utilitaires. C'est ainsi que le juriste est devenu le "*glossateur d'un Code, doublé d'un historien de la jurisprudence*" (72). Il n'est pas sûr qu'il y ait gagné ce "*brevet de scientificité*" (73) qu'il espérait obtenir de sa nouvelle position d'observateur impartial se refusant à construire le droit. Le droit privé a quelques doctrines, c'est-à-dire des théories partielles et closes qui fonctionnent comme des postulats soustraits à toute exigence de vérification ; ce qui lui fait probablement défaut, ce sont des hypothèses vérifiées, soumises au contrôle du raisonnement et sans cesse confrontées aux données nouvelles de tous ordres, matérielles et idéales (74). C'est pourquoi encore, la controverse s'épuise rapidement ; de telles doctrines esquivent la contradiction au lieu de répondre aux objections éventuelles par des arguments qui "*coïncident*" véritablement avec ceux de l'adversaire et constituent véritablement une "*réponse pertinente*" à ceux-ci (75). Le déclin relatif de la réflexion théorique est d'ailleurs encore entretenu par l'influence latente du déterminisme, notamment dans sa version sociologiste. Si c'est la société qui produit le droit, s'il faut l'aligner systématiquement sur les pratiques sociales et sur l'opinion publique, il y a quelque hérésie à vouloir construire des théories explicatives qui risquent d'altérer la spontanéité des "*pulsions sociales*". L'incohérence, l'injustice même sont sans grande importance. Quant à la controverse doctrinale, elle est évidemment inopportune. Si la première qualité du juriste devient le réalisme entendu comme la fidélité aux faits sociaux tels qu'ils s'observent dans l'instant, l'unanimité paraît inévitable aussi bien scientifiquement que politiquement. Scientifiquement, une fois la vérité établie, elle s'impose à tous et est indivisible ; chacun doit s'y soumettre à peine d'ex-

(72) P. LEGENDRE : D.S. 1969, chron., p. 26.

(73) Ed. MORIN, Science avec conscience, Fayard, 1982, p. 130.

(74) Cf. BERNARD, Introduction à la médecine expérimentale, Garnier-Flammarion, 1966, p. 385. -Ed. MORIN, op. cit., p. 251 et 268. -K. POPPER, La logique de la découverte scientifique, 1959, Préface de J. MONOD, Payot, trad. N. THYSSEN-RUTTEN et Ph. DEVAUX, p. 284.

(75) M. TANCELIN, Pour une poétique du Droit (inédit), p. 7 : nous tenons à remercier l'auteur de nous avoir communiqué cet important travail.

clusion de la "*communauté scientifique*" (76). Politiquement, toute construction théorique risque d'apparaître comme une déformation, voire comme un frein à l'évolution souhaitée ou vécue ; la primauté du fait et la rapidité des changements sociaux, les sacro-saintes "*conditions de la vie moderne*" interdisent d'admettre qu'un tel écran s'interpose entre la société et sa superstructure juridique.

Encore serait-il erroné de présenter l'évolution qui conduit à la raréfaction des controverses comme imposé de l'extérieur à la doctrine de droit privé ! Il est clair que les méthodes pratiquées par elle aboutissent au même résultat.

2. Evolution méthodologique de la doctrine

Le trait caractéristique de la méthode doctrinale de la deuxième moitié du vingtième siècle par rapport à celle qui l'a précédée, c'est sa relation à la pratique, pratique judiciaire, notariale ou autre. Au XIXème siècle, un "*cours de Code Napoléon*" n'était pas regardé comme un ouvrage universitaire ; les avocats le consultaient sans embarras. Au début du XXème siècle et jusque vers 1950, un "*Traité théorique et pratique de droit civil*" était aussi riche d'enseignements pour le professeur, pour le notaire, que pour la pratique judiciaire. Aujourd'hui, le partage paraît beaucoup plus net entre les ouvrages universitaires et les ouvrages dits "*pratiques*". C'est le résultat de l'évolution méthodologique de la doctrine caractérisée, à la fois, par sa spécialisation et par la complexité de son objet.

1 - La spécialisation est la réponse choisie par la doctrine contemporaine à la demande de la pratique judiciaire et extra-judiciaire. Désormais, la qualité des auteurs se mesure à leur aptitude à donner des solutions présentées comme certaines aux questions qui leur sont posées sur l'état du droit. C'est notamment pourquoi, alors qu'un traité de droit civil ou de droit commercial des années 1900-1930 comportait nécessairement de larges études de droit comparé (77), celui-ci est devenu luxe

(76) Th. S. KUHN, op. cit., p. 40, 116, 205 et 218.

(77) Cf. JUR. GEN. Dalloz, 2ème éd., 1845-1870, 46 vol. : chaque mot comporte un aperçu de droit comparé. -DEMOGUE, Traité des obligations en général, 7 vol., 1923-1933.

d'introduction ou plaisir d'esthète ; il a le tort de ne pas permettre de dire quelle part des charges d'ascenseurs doit supporter le propriétaire d'un appartement situé au premier étage et comportant deux pièces. La spécialisation, c'est d'abord la réduction du champ des connaissances de chaque juriste à un domaine étroit ; c'est ensuite le refus des réflexions synthétiques qui se fondent sur des rapprochements entre des matières différentes pour rechercher des cohérences, dégager des tendances,... Cette spécialisation contribue à expliquer deux phénomènes déjà signalés. Le premier, c'est l'absence d'une communauté de savants constituée entre les privatistes. A chaque domaine, droit de la location, droit de la consommation, droit des successions,... correspond une petite chapelle refermée sur elle-même ; et, faute de préoccupations communes, la communication ne se fait plus. S'il est vrai que les sciences de la nature n'échappent nullement à cette spécialisation, ses méfaits y sont moindres en raison de leur spécificité et grâce à l'antidote de l'internationalisation. Le second phénomène que la spécialisation favorise, c'est l'affaiblissement de la théorie juridique. Spécialisée, la science du droit se consacre davantage à l'observation des décisions et des règles qu'à leur fondement, à leur valeur et à leur signification.

2 - L'objet sur lequel travaille la doctrine privatiste influence certainement la détermination de ses méthodes. Il faut remarquer combien l'évolution doctrinale est en harmonie avec l'évolution du droit. Sa complexité croissante semble justifier la spécialisation des auteurs. La multiplication des interventions législatives et réglementaires fait apparaître le droit comme une panoplie de techniques très particulières. A chaque question, il y a toujours une réponse qui ne vaut, semble-t-il, que pour ce cas, une réponse très spéciale et ponctuelle à une difficulté que les circonstances font surgir au coup par coup. C'est tout naturellement que la préoccupation de cohérence s'estompe. La complexité du droit rural, par exemple, semble dispenser celui qui l'étudie de connaître le droit commercial ; peu lui importe, par conséquent, que la personnalité du groupement agricole d'exploitation en commun ait, ou non, quelque parenté avec celle du groupement d'intérêt économique (78). D'ailleurs, au fur et à

(78) Y. CHARTIER, Sociétés coopératives et groupements d'intérêt économique, Rev. soc. 1974, p. 601 et s. : pour une exception.

mesure que la réglementation se fait plus précise et plus détaillée, ces rapprochements qui permettraient de combler les lacunes paraissent perdre tout leur intérêt pratique. De plus, les explications données à l'adoption de telle ou telle solution législative contribuent à condamner tout raisonnement par analogie. Dans la mesure où les solutions consacrées sont présentées comme résultat de "*compromis politiques*" (79) entre des groupes de pression ou entre les vœux et les possibilités de la classe dominante ou entre le bien commun et les désirs de la population, les étendre à d'autres secteurs où les équilibres différents nécessairement est inconcevable. En définitive, c'est l'argument d'autorité qui, en changeant de degré puis de nature, a provoqué le déclin de la controverse doctrinale en droit privé. Les Exégètes attachaient la plus grande importance à l'autorité de la loi, mais savaient conserver à son égard, tout leur esprit critique (80) ; leurs successeurs mirent la jurisprudence aux côtés de la loi, se privant ainsi d'une part de leur liberté, mais continuant à manier la dialectique avec un art consommé pour se ménager une certaine marge d'appréciation ; les juristes contemporains, s'ils critiquent volontiers l'ancien respect pour les autorités, se donnent de multiples raisons de mieux s'enfermer dans le carcan des textes, "*en suivant les sinueuses opinions du plus menu des juges, ou le dernier rescrit d'un ministre, quand ce n'est pas l'avant-dernier sondage d'opinion*" (81).

Par conséquent, le déclin de la controverse doctrinale en droit privé trouve son origine dans les caractéristiques propres à la démarche doctrinale actuelle. La doctrine semble réduire ses ambitions, sans pour autant approfondir ses recherches ; n'est-il pas significatif que tant d'études se terminent désormais par l'appel à l'intervention du législateur, comme si les interprètes réclamaient d'être privés ou dispensés de leur fonction de création ? Les commentateurs du Code civil, même quand ils fulminaient contre ses erreurs, ne passaient pas leur temps à demander des réformes ; il est vrai qu'un législateur soucieux de

(79) J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, t. 1, P.U.F., 14^{ème} éd., 1982, n. 15, p. 84.

(80) R. PEREZ PERDOMO, op. cit., Arch. Philo. Droit, Sirey, t. XVI, 1971, p. 26-27.

(81) Ph. REMY, Eloge de l'Exégèse, R.R.J. 1982-2, p. 254.

stabilité les leur aurait refusées, mais il est permis de penser que tout est lié : le législateur et la doctrine forme un couple comparable à celui du criminel et de sa victime. En définitive, n'ayant connu aucune "*révolution scientifique*", le droit privé n'a pas vu ses fondements bouleversés. Les mêmes paradigmes qui inspiraient les juristes du XIX^{ème} siècle guident les auteurs d'aujourd'hui. Le recul de la méthode des controversistes n'est pas un phénomène naturel, inévitable et bénéfique. Il faut même en dire davantage ; après avoir tenté d'expliquer pourquoi la controverse se meurt, il faut essayer de montrer pourquoi elle ne doit pas mourir.

B - LA CONTROVERSE : UNE AME POUR LE MOUVEMENT DU DROIT

Le droit ne peut qu'être controversé ; sans cette méthode d'exposition et de réflexion, son mouvement, ses mouvements ne peuvent qu'être incertains, désordonnés ; ils sont sans âme. Dans la terminologie de KUHN, il faudrait dire que la controverse est la "*science normale*" du droit. Nul ne peut contester, en effet, que tout point de droit peut être le siège d'une controverse, et même plus, qu'il l'a été et le sera (82). Il faut tenir "*la discussion, non pour un péché mignon, mais pour l'essence*" même du métier de juriste (83). Ecrite au XIX^{ème} siècle, une telle affirmation eut paru banale, évidente, inutile ; aujourd'hui, la démonstration n'est plus superflue. Les Exégètes étaient des controversistes conscients et fiers de l'être (84). Mais les juristes contemporains semblent avoir oublié qu'ils traitent des droits de l'usufruitier sans trop savoir ce que c'est qu'un droit, ce que c'est que la propriété, ce que c'est que la personne... Il y a à convaincre les privatistes que la controverse doctrinale est, à la fois, un mode de recherche et un mode de vérification. Il en est ainsi parce qu'une saine théorie des sources du droit doit concevoir le droit comme un objet de recherche et parce que la méthode des controversistes est le principal instrument

(82) Ph. JESTAZ, Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, Rev. tr. dr. civ., 1979, p. 483, 495.

(83) Ibid.

(84) Ph. REMY, op. cit., R.R.J. 1982-2, p. 260.

de l'amélioration du droit. La controverse doctrinale est l'âme du mouvement du droit, à la fois, en raison de sa place dans la théorie des sources et en raison de son rôle dans le progrès du droit privé.

a - Controverse et théorie des sources du droit

Dans l'éclairante présentation du Doyen François GENY, le droit est science parce que son élaboration suppose l'observation préalable d'un certain nombre de "données" et il est technique parce qu'il construit des règles. Sans revenir sur les critiques encourues par cette analyse, il faut insister sur sa double signification négative. En premier lieu, si l'observation scientifique précède la construction de la règle, c'est bien que le droit lui-même n'est pas donné ; le droit ne s'observe pas comme une réalité extérieure. En second lieu, si la règle est construite, rien ne nous dit comment elle va s'appliquer, comment elle va intervenir parmi les autres règles et dans la société des hommes ; c'est la règle qui est construite, non le droit. Par conséquent, même dans une conception que les positivistes admettent, que les sociologistes invoquent, au moins en la tronquant (85) et que beaucoup de privatistes évoquent, le droit peut encore être présenté comme l'objet d'une recherche. Il en est ainsi parce qu'il doit être découvert à travers des sources multiples -la diversité extrême des sources du droit fait place à la controverse doctrinale- et au-delà de ces sources -la nature de ces sources impose le recours à la controverse systématique-.

1. La diversité des sources

L'activité doctrinale quotidienne, "*normale*", est faite de confrontations d'opinions. Ce fut le cas au XIXème siècle et pendant la première moitié du XXème ; rien ne justifie qu'il n'en soit plus ainsi. La réflexion sur le droit passe toujours et nécessairement par la mise en parallèle de multiples sources entre lesquelles une hiérarchie doit être établie, une sélection opérée.

1 - Sur toute question de droit, les sources écrites se conjuguent et dialoguent. Jamais le juriste ne se trouve devant une seule indication qu'il se contenterait de suivre.

(85) En ce sens, C. ATIAS et D. LINOTTE, Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D.S. 1977, Chron. XXXIV, p. 251.

En toute hypothèse, il faut concilier les textes de diverses sortes, Constitution (86) et traités, lois et règlements, décisions de justice, elles-mêmes divergentes, de dates différentes et ayant statué dans des circonstances plus ou moins particulières. Il faut aussi tenir compte du droit naturel, et encore des contraintes de la logique, du souci de cohérence, sans oublier l'histoire, l'économie, la morale,.. C'est pourquoi, même au lendemain de la réforme la plus ambitieuse, il ne peut suffire de renvoyer le juriste au texte et à la fidélité qui lui est due (87) ; ce serait l'inviter à puiser dans un sac vide dont il connaîtrait ainsi plus la contenance que le contenu. PORTALIS disait cela en disant qu'un code neuf est un *"outil malcommode"* (88). Il confirmait ainsi la nécessité de l'empirisme, de cette progression cas par cas, par approximations et réfutations successives. Le *"privilege des premiers commentateurs de n'être pas obligés de penser la règle juridique en termes de conflit, de n'être pas induits à la plier en tous sens pour en vêtir des intérêts contradictoires"* est sans doute un privilège d'ordre littéraire, *"la chance d'une objectivité quasi-législative"* (89) ; mais ce n'est pas un privilège pour un juriste qui a, au contraire, mission de chercher, dans le texte nouveau, la solution des conflits à venir. Quoi de plus légitime, pour lui, que de *"vêtir"* les intérêts à sauvegarder dans ces conflits ? Quoi de plus légitime que d'emprunter à la jurisprudence et à la pratique antérieures des exemples de ces difficultés qui donneront, à la loi, l'occasion de s'appliquer ? Quoi de plus légitime

(86) Dont l'importance ne cesse de s'accroître grâce à l'enrichissement jurisprudentiel que lui apporte le Conseil constitutionnel ; cf. L. FAVOREU, Rapport général introductif au colloque international (Aix-en-Provence 19 au 21 février 1981) relatif à la protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe, R.I.D.C., 1981, p. 279. -Du même auteur : L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs, 1980, p. 17 et s. spécialement p. 26 ; L'influence de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, Itinéraires, Etudes L. HAMON, Economica, 1982 ; L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles, Rapport au XIème Congrès intern. de droit comparé, Caracas, 1982 ; La doctrine et la constitutionnalisation des diverses branches du droit, conférence au Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence, 29 mars 1982.

(87) V. G. CORNU, op. cit., Les cours de droit, 1970-71, p. 176.

(88) PORTALIS, Discours préliminaire du Code civil.

(89) J. CARBONNIER, op. cit., Rép. Defrénois, 1979, p. 96.

que d'emprunter à la jurisprudence et à la pratique antérieures des exemples de ces difficultés qui donneront, à la loi, l'occasion de s'appliquer ? Quoi de plus légitime que de relever, d'emblée, les contradictions de la loi nouvelle et de la traiter comme un corps étranger dont il faut préparer la réception par le droit antérieur avec lequel elle va devoir coexister et s'harmoniser ? En toutes ces démarches, la méthode des controversistes est la seule voie disponible ; il y a toujours, non seulement plusieurs opinions soutenables -ce n'est pas affaire d'individus, ni caprice d'exégètes-, mais plusieurs orientations possibles découlant de sources diverses. Et il en est d'autant plus ainsi que l'espèce elle-même, avec toute la complexité des éléments de fait et des intérêts en jeu, ne peut entrer directement dans la présupposition générale de la loi ou du principe prétorien. C'est un nouveau dialogue qui s'instaure, dont le terme sera l'établissement d'une hiérarchie entre les diverses sources en jeu, compte tenu des caractéristiques de l'espèce retenues comme primordiales.

2 - Cette hiérarchie des sources n'est pas d'ordre formel. Apparemment hérétique, cette affirmation est confirmée par toute la pratique doctrinale. En soutenant l'inverse, le normativisme kelsénien fournit sans doute une saine directive politique. Il n'est pas bon qu'une circulaire ministérielle prétende écarter l'application d'une loi (90) ; la règle du jeu de l'Etat démocratique tel que nous le concevons, ainsi que les modalités d'élaboration des deux documents, commandent de consacrer et de respecter la supériorité de la loi. Il est vrai aussi que les principes institués dans la Constitution sont souvent plus généraux que ceux affirmés dans la loi ; et cette généralité peut traduire des préoccupations plus fondamentales qui justifient la prééminence reconnue au texte constitutionnel (le même raisonnement vaut évidemment de la loi à son règlement d'application et ainsi de suite). En revanche, dans la recherche quotidienne du bon droit, les critères sont moins simples et moins assurés. La hiérarchie formelle n'est guère convaincante ; les raisons de décider tiennent bien davantage au contenu des deux sources en conflit. Ainsi lorsque le décret modifiant les dispositions

(90) Pour un exemple récent, cf. L. 30 juillet 1982 ; J.C.P. 1982, III, 53055 (art. 2, al. 2) et Circ. 17 août 1982 : J.C.P. 1982, III, 53116. Cf. G. GUERIN, Et si la loi sur le blocage des prix s'appliquait aux baux commerciaux : J.C.P. 1982 (N), Prat., n. 8472, p. 653.

en conflit. Ainsi lorsque le décret modifiant les dispositions du Code de Procédure civile relatives au divorce méconnaît la loi qui a pris place dans le Code civil, un auteur peut raisonnablement demander si les juges doivent appliquer la loi ou le décret (91) ; et la doctrine ne se contente nullement, pour trancher, d'invoquer la supériorité de la loi (92). C'est au fond qu'elle se réfère, à l'inspiration des règles, à l'opportunité de chacune des solutions, à la cohérence de l'ensemble.

Dès lors que la hiérarchie formelle est évincée au profit d'une démarche de type prudentiel, seule la méthode des controversistes permet de préciser et de coordonner les différents éléments d'appréciation à envisager. Que des auteurs différents prennent effectivement fait et cause pour des thèses opposées ou qu'un seul auteur examine les divers arguments en faveur de chacune des solutions envisageables, la conférence des multiples raisons de décider suppose nécessairement une argumentation élaborée qui recense tous les points discutables et pèse tous les intérêts en jeu. Le plus souvent, la disparition de ces controverses ne s'explique que par l'oubli des questions qu'elles avaient pour but de résoudre ou, lorsque ces questions se présentent en pratique, par l'oubli de certains arguments en cause, de certains intérêts en jeu.

C'est déjà dire qu'il ne suffit pas de lire les lois et les arrêts pour trouver toutes les solutions de droit aux difficultés que suscitent la vie quotidienne et la pratique. En prendre conscience, c'est remettre en cause la nature-même des sources formelles du droit.

2. La nature des sources

La fonction des sources du droit n'est pas de fournir du droit "*prêt à porter*", "*prêt à juger*", directement applicable. Les juristes français du XIX^{ème} siècle le savaient (93). Oublier cette vérité fondamentale, c'est se condamner à ne rien entendre à leurs raisonnements et,

(91) Cf. SICARD, Gaz. Pal. 1977, 1, doct. p. 123.

(92) A. WEILL et F. TERRE, op. cit., La famille, 5^{ème} édi., n. 453, p. 446 et note 1.

(93) Ph. REMY, op. cit., R.R.J. 1982-2, p. 261.

plus gravement encore, à dénaturer le droit. Cette affirmation a valeur générale et se précise utilement à l'examen de la présomption de rationalité du législateur.

1 - Pour DU MOULIN, pour DEMOLOMBE, pour MARCADE, comme pour les frères DALLOZ, les lois et les décisions judiciaires ne contiennent pas le droit. Elles en révèlent certaines manifestations ; elles en indiquent certaines conséquences. Pour le juriste en quête d'une solution, ces sources de droit ne sont que des repères, des guides, des jalons et non des catalogues de recettes invariables. C'est pourquoi, il faut réaffirmer sans cesse que *"le droit est avant la loi"* (94). Chez les juristes français classiques, cette conviction affleure souvent. DU MOULIN, s'il ne cesse d'invoquer le nécessaire respect des lois (95), se réfère aussi à des lois désuètes dont il n'hésite pas à exploiter les raisons. De même, il porte la plus grande attention à l'*utilitas* (96) ; ne déclare-t-il pas *"préférable de juger une solution au fond, selon sa pertinence, plutôt que de rechercher qui l'a émise ou qui y a adhéré"* (97) ? Les auteurs postérieurs ne se défont pas de cette démarche ; *"ce qu'attendaient les professeurs de droit français des recueils d'arrêts ou d'ouvrages semblables, (ce sont) ... d'abord et surtout des indications sur la manière de juger de la juridiction locale, mais aussi une doctrine sur tel ou tel point de droit..."* (98). Quant à DALLOZ, pourtant auteur d'un ouvrage destiné aux praticiens, il ne leur propose pas une collection d'arrêts aussi nombreux que possible, non pas des décisions mais des *"raisons de décider"* (99).

Le droit est toujours à construire pour les juristes français classiques et la controverse doctrinale est le moyen de le découvrir, ou plutôt de le retrouver pas à pas, au gré des réfutations successives d'opinions contraires.

(94) Ibid

(95) J.L. THIREAU, op. cit., p. 150, 167 et 186.

(96) J.L. THIREAU, op. cit., p. 136, 187.

(97) J.L. THIREAU, op. cit., p. 150.

(98) C. CHENE, L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793), Droz, 1982, p. 268.

(99) Jur. gén. Dalloz, 2ème éd., t. 1, p. XI.

C'est parce qu'ils cherchent autre chose derrière la loi ou la jurisprudence que les juristes progressent seulement par confrontation et synthèse d'arguments opposés. Certes les scientifiques aussi cherchent quelque chose derrière l'apparence ; mais ils croient pouvoir trouver ; ils croient, à tort ou à raison, en la possibilité d'un progrès illimité de la connaissance du réel. Le propre du droit, au contraire, est de ne pouvoir être connu en tant que tel ; il résiste, par définition, au progrès de la connaissance. Non seulement il n'est approché qu'à travers des systématisations inévitablement déformantes, mais encore son étude porte davantage sur ses sources que sur lui-même. La loi, la jurisprudence peuvent être examinées à loisir, mais le droit dont elles ne sont que les repères se laisse seulement apercevoir ; les juristes travaillent sur les traces de son passage, sur telle décision qui l'avait peut-être trouvé, sur telle doctrine savante et juste. Il reste que, dans le meilleur des cas, le droit lui-même est impossible à situer avec précision sur le chemin qui mène d'une source à l'autre et du général au particulier. La pratique systématique de la controverse doctrinale est donc le seul moyen de tenir compte de tous ces repères dont aucun ne peut être négligé, mais dont aucun, ni la loi, ni même le droit naturel (100), n'est décisif à lui seul.

Cette signification de la controverse doctrinale semble aujourd'hui complètement oubliée. C'est à tel point que des juristes contemporains ne parviennent même plus à l'imaginer. Ils supposent que, se référant aux textes, leurs prédécesseurs ne pouvaient qu'y être asservis. Par exemple, lisant les conclusions d'un Avocat général selon lequel *"chaque fois qu'une disposition légale sera susceptible d'être comprise comme décidant ce que la saine raison et le sentiment naturel du juste lui commandaient de décider, l'interprète n'hésitera pas à la comprendre ainsi"* (101), des observateurs de cette fin du XXème siècle

(100) Notamment en raison de la difficulté à le déterminer et à trouver des mots pour en rendre compte. - Sur l'impossibilité d'une science achevée, cf. K. POPPER, op. cit., p. 284 : "La science n'est pas un système d'énoncés certains ou bien établis, non plus qu'un système progressant régulièrement vers un état final. Notre science n'est pas une connaissance (épistème) : elle ne peut jamais prétendre avoir atteint la vérité ni même l'un de ses substituts, telle la probabilité". Mais c'est là une découverte relativement récente et ignorée des juristes.

(101) Concl. GESCHE, citées in F. OST et J. LENOBLE, op. cit., p. 153.

ne voient ni la référence à la raison, ni la préoccupation du juste ; ils en déduisent que *"l'invocation du législateur rationnel fonctionne sans nul doute comme argument d'autorité"* (102), évidemment critiquable comme masquant une *"dérive mytho-logique de la rationalité juridique"* (103).

Paradoxalement, la méthode des controversistes qui se voit reprocher de donner trop de poids à l'argument d'autorité est, au contraire, celle qui permet de lui résister au mieux. DU MOULIN (104), comme MARCADE (105), ne cesse de souligner, avec beaucoup d'autres, la nécessité de se défendre contre la soumission irraisonnée aux autorités ; chez eux, *"le dénombrement des autorités tourne fréquemment à la critique, voire à la polémique"* (106). Surtout, l'argument d'autorité ne prend jamais le tour contraignant (107) qu'il acquiert chez les positivistes. Il n'est guère utilisé que comme remède ultime et sans jamais être assuré d'emporter la décision, voire seulement la conviction (108).

(102) Ibid.

(103) F. OST et J. LENOBLE, op. cit., p. 156.

(104) J.L. THIREAU, op. cit., p. 131, 136, 140, 150, 186.

(105) Cf. V. MARCADE, op. cit., t. 1, 1866, préface, p. XVIII et XIX.

(106) J.L. THIREAU, op. cit., p. 186.

(107) Cf. BASDEVANT-GAUDEMET, Aux origines de l'Etat moderne, Charles LOYSEAU (1564-1627), Théoricien de la puissance publique, préface M. BOULET-SAUTEL, Economica, 1977, p. 51 et s. -J.L. THIREAU, op. cit., p. 131, 136, 140, 150, 186 :

"L'approbation d'une opinion par le plus grand nombre, ou par les personnes réputées les plus éminentes, la rend-elle meilleure ou plus équitable ? Sur une question précise, la réponse d'un auteur de moindre renom ne peut-elle jamais se montrer supérieure ? Et n'est-il pas préférable de juger une solution au fond, selon sa pertinence, plutôt que de rechercher qui l'a émise ou qui y a adhéré ? Quel aveuglement du coeur et de l'esprit, s'indigne DU MOULIN, que de ne rien vouloir connaître et décider par soi-même, mais de s'en rapporter toujours au jugement d'autrui. Et combien l'on doit préférer la méthode de ceux qui, comme lui, tranchent non selon les mots mais selon l'intention, la force et la puissance des lois, qui acceptent parfois l'opinion commune, non en tant que telle mais parce qu'ils l'estiment soutenue par de meilleures raisons, et savent aussi s'en écarter lorsqu'elle se révèle fausse" (p. 150 et la note 249). -Comparer R. PEREZ PERDOMO, op. cit., p. 26.

(108) V. L'exemple de la controverse sur l'interprétation des art. 692

C'est déjà faire pressentir la signification que peut revêtir la référence à la volonté du législateur.

2 - La présomption de rationalité du législateur a fait l'objet des plus vives critiques. Une fois de plus, elle ne les mérite que si le positivisme dogmatique ambiant vient la dénaturer. Conçue comme une pièce de la panoplie du controversiste, elle se justifie sans difficulté. Pour les juristes qui s'adonnent à la controverse, la rationalité du législateur n'est qu'une commodité pratique ; il n'est pas toujours possible de tout vérifier et de commencer ses recherches au point de départ ; mais la présomption ne dispense d'opérer les recherches nécessaires qu'à titre provisoire ; elle peut être renversée. La religion du Code civil s'explique d'abord, chez les Exégètes, par la conviction que son contenu correspond au droit naturel ; il est respecté moins en tant que tel que comme fidèle reflet d'un droit qui nous dépasse et nous fuit, qui n'appartient à personne, pas même au législateur. *"On peut bien présumer, comme le dit DELVINCOURT, que le législateur est honnête homme et que, ne s'étant pas trompé lui-même, il n'a pas voulu non plus nous tromper. Mais cette hypothèse doit toujours être vérifiée. L'exégète vérifiera donc que la loi n'a pas falsifié le droit"* (109). Bien entendu, cette présomption de bonne foi paraît étrange à une époque où les marxistes plaident la haine de toute forme de pouvoir et supposent des intérêts inavouables sous chaque élément de la superstructure juridique. C'est en cela qu'une certaine communauté d'inspiration est nécessaire à la survie de la controverse doctrinale. Il faut bien dire que la présomption d'irrationalité du législateur n'est pas plus scientifique que son inverse. La loi n'apporte pas seulement, grâce à sa généralité, une relative sécurité et une certaine égalité, ou plutôt une certaine impartialité ; le plus souvent, et grâce encore à cette généralité, le respect de la loi ne gêne pas la recherche du juste.

Ce qui est vrai, c'est que la présomption de rationalité du législateur, si elle n'excluait pas du tout la criti-
 .../...et 694 du Code civil : Jur. gén. Dalloz, v^o Servitude, n. 1025 in fine, p. 274 (ce n'est pas ce système qui l'emporta). -Pour de bons exemples de raisonnement, cf. C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. I, n. 100 à 102, p. 98 à 102 ; n. 120, p. 114-115 ; t. XXV, n 533 à 536, p. 499 à 503.

(109) Ph. REMY, op. cit., R.R.J. 1982-2, p. 261.

que, en limitait la portée. Les auteurs du Code civil et les Exégètes appartenaient à la même idéologie fondamentale. Certaines valeurs, une certaine conception de la liberté individuelle par exemple, leur paraissaient irremplaçables. Il se divisaient déjà bien davantage sur la définition et l'étendue de la propriété. Ce qui est sûr c'est que la prolifération des mesures interventionnistes a rendu plus difficile la réalisation de cette communauté d'inspiration. Sur chacune de ces mesures, comme sur les objectifs poursuivis qui semblent unilatéralement favorables à une partie de la population et se retournent contre les équilibres économiques et sociaux, l'accord est rare. Il suffit de songer à la protection sociale, à la protection du consommateur, à la protection du locataire,... En se faisant plus précis et plus rigide, le repère législatif vers le droit s'est rendu plus contestable. Il a accru l'importance de l'appréciation générale par rapport à celle de l'examen de chaque cas concret ; mais cette modification de l'équilibre des facteurs de formation du droit n'a pu, pour autant éliminer un seul de ces facteurs. La controverse doctrinale demeure donc indispensable entre ses diverses sources ; il en est ainsi parce qu'elle est la condition du progrès du droit.

b - Controverse et progrès du droit

La démarche de la controverse systématique est la seule qui donne, à la doctrine, la possibilité de participer activement à l'amélioration du droit positif. Elle présente l'avantage majeur d'être une méthode **ouverte**. Toute loi nouvelle, toute jurisprudence nouvelle, toute circonstance nouvelle, c'est-à-dire tout repère nouveau, peuvent y être accueillies, y trouver leur place, conciliées avec des arguments plus anciens, dans une cohérence renouvelée. A l'inverse de la démarche dogmatique qui ne peut que placer la règle nouvelle à côté de l'ancienne ou remplacer celle-ci par celle-là, sans dépasser le stade de la juxtaposition ou de la substitution, la controverse les associe dans une même argumentation. La méthode du controversiste lutte ainsi contre les dangers inhérents à une généralisation excessive en évitant les inconvénients des principes juridiques et en préparant l'accueil de toute innovation.

1. Le danger des principes juridiques

La "*crystallisation dogmatique*" (110) que réalisent les principes juridiques est assurément pernicieuse. Ces principes, ceux notamment que leur apparente évidence met encore plus à l'abri de la critique et que leur ancienneté a paré de la consécration d'une formulation latine, sont nés du rapprochement de quelques cas. Dans ces hypothèses, il avait été juste, opportun et logique de raisonner à partir de l'idée que "*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*" ou que "*nemo propriam turpitudinem allegans auditur*" ou encore que "*nemo tenetur edere contra se*" (111) ; dans ces hypothèses, les raisons qui justifiaient l'application du principe induit a posteriori apparaissaient claires. Le vieillissement de ces principes qui n'étaient encore que des raisonnements préfabriqués a fait oublier leur raison d'être initiale et les a transformés en véritables sources du droit au sens positiviste de l'expression, en justifications incontestables de telle ou telle solution. Ils se sont progressivement figés ; la dispense de raisonnement qu'ils offraient, toute provisoire à l'origine, a cessé d'être une simple facilité pour devenir dogme. De généralisation pratique, ils se sont transformés en "*généralisation symbolique*" (112). L'enseignement a d'ailleurs d'autant plus aggravé leur dénaturation que "*l'habitude d'enseigner donne une attitude solennelle*" et qu'il n'y a "*rien de plus solennel que les termes abstraits*" (113).

Les juristes classiques, et DU MOULIN le premier, savaient qu'il leur fallait se défier de ces "*nombreux automatismes qui venaient entraver le libre jeu de la pensée*" (114). Certes, ils s'efforçaient de "*découvrir un certain nombre de principes généraux, les **topoi**. (Mais) ces règles ne constituaient pas, pour eux, des sources autonomes*

(110) F. OST et J. LENOBLE, op. cit., p. 156.

(111) J.J. DAIGRE, La production forcée de pièces dans le procès civil, P.U.F., 1979 ; analyse des origines de l'adage "*nemo tenetur edere contra se*" (not. p. 39).

(112) Th. S. KUHN, op. cit., p. 248 et s., 254 et s. - Comparer P. RETAT, La notion de "principe" chez Montesquieu, Commentaire 1982, n. 17, p. 129 et 130 et la citation de "*l'Esprit des lois*", VIII, 11.

(113) TAINÉ, op. cit., p. 216.

(114) J.L. THIREAU, op. cit., p. 150.

de la connaissance du droit, et ils n'en faisaient pas découler directement leurs solutions : elles formaient seulement des auxiliaires dans la recherche de celles-ci, des limites dont ils se rapprochaient comme d'une asymptote" (115).

Les juristes contemporains ont sous les yeux les méfaits de ces généralisations dogmatiques ; il leur suffit de se pencher sur le principe d'autonomie de la volonté ou sur la conception de la propriété (116). Pourtant, ils ne reviennent pas toujours à la raison de la loi ou à la raison de la décision. Ce serait le moyen de découvrir la véritable signification des principes et d'en poser les limites ; ce serait l'occasion d'entrer en controverse pour préciser quelque peu les cas où la raison du principe doit l'emporter sur d'autres considérations et ceux où ce repère-là doit s'estomper au profit des autres. La controverse doctrinale évite de se contenter de l'autorité apparente de ces généralisations et invite à les confronter en permanence aux autres arguments susceptibles de guider la recherche du droit (117). C'est déjà dire que la controverse doctrinale se caractérise par son aptitude à accueillir toutes les considérations dont le raisonnement juridique doit s'enrichir.

2. La controverse, comme procédure "ouverte"

Le propre de la science du droit est de ne pas comporter de processus d'élimination des théories controversées (118). C'est notamment ce qui explique qu'à l'inverse des chimistes ou des physiciens qui ont adopté tel ou tel paradigme, les juristes n'en finissent pas de redécouvrir la même chose (119). Ainsi ne suffit-il pas que plusieurs auteurs établissent la faible portée du principe d'interprétation stricte des exceptions (120) pour discréditer l'argu-

(115) J.L. THIREAU, op. cit., p. 152-153.

(116) A. WEIL et F. TERRE, op. cit., La famille, n. 471, p. 464 : pour un autre exemple, peut-être plus contestable.

(117) J.L. THIREAU, op. cit. p. 152-153. -Comparer C. DEMOLOMBE, op. cit., t. XXV, n. 530, p. 498 ("electa una via").

(118) Comparer Th. S. KUHN, op. cit., p. 23, 26, 40, 47, 116, 205, 218.

(119) Comparer Th. S. KUHN, op. cit., p. 32, 38, 223.

(120) Cf. L. ROBINE, L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français, thèse, Bordeaux, 1933, Préface J. BONNECASE. -G. CORNU, op. cit., Les cours de droit, 1971, p. 203 et 209 et s.

ment tiré de ce principe (121). Le juriste ne sait vraiment pas où "*commencer ses recherches*" (122) ; les notions les plus élémentaires et fondamentales ne sont-elles pas largement incertaines ? Dès lors qu'aucune "*performance scientifique*" ne peut offrir de "*point de ralliement professionnel*" aux juristes (123), seule la controverse manifestant l'adhésion de la communauté des savants à certains avantages d'une théorie peut assurer son succès, d'ailleurs tout provisoire (124). L'exemple du destin de théories comme la réalité du droit du preneur à bail ou la personnalité de la communauté conjugale est significatif ; jamais vraiment adoptées, jamais vraiment rejetées, ces analyses voisinent depuis des décennies avec leurs concurrentes. Souvent plus cohérentes, elles n'ont pas semblé apporter suffisamment d'explications supplémentaires, de repères complémentaires, pour l'emporter. Pourtant, il est certain que la longue survie de ces controverses doctrinales est aussi le signe d'une faiblesse de toutes les conceptions opposées. En matière juridique, comme en matière scientifique, l'erreur n'est jamais totale, ni même certaine lorsqu'elle présente une telle longévité. Des deux thèses en présence, il faut dire, avec KANT, qu'une "*pensée qui s'est soutenue si longtemps, ..., mérite toujours -nous ajouterions : au moins- qu'on recherche son origine*" (125).

Est-il permis d'aller un peu plus loin et de poser que la controverse doctrinale ne doit jamais cesser, qu'elle est de la nature permanente du droit ? Il n'est pas impossible que la présentation du droit comme instrument de la sécurité des relations entre les hommes soit très largement illusoire. A chaque instant, sur chaque point de droit, il y a plusieurs considérations contradictoires à retenir ; aucune d'entre elles n'a vocation à éliminer les autres. La controverse est donc inévitable pour les maintenir présentes et en concurrence. La distinction fondamentale entre ces diverses considérations est voisine d'une célèbre division aristotélicienne. Elle semble passer

(121) Les exemples d'un emploi systématique de ce principe sont multiples : cf. supra note 23.

(122) Th. S. KUHN, op. cit., p. 41. -Adde p. 33.

(123) Th. S. KUHN, op. cit., p. 109. -Adde p. 30.

(124) Th. S. KUHN, op. cit. p. 26. -Comparer K. POPPER, op. cit., p. 284.

(125) E. KANT, op. cit., p. 98.

entre la justice du cas et la justice des cas-types, entre la justice dans une espèce et la justice plus abstraite qui se préoccupe d'égalité entre les justiciables pour parvenir à une certaine prévisibilité et qui se préoccupe aussi de pédagogie. Il ne s'agit pas tout à fait d'opposer l'équité dans une espèce à la justice dans l'ensemble des espèces analogues, mais de montrer que deux conceptions de la justice peuvent avoir leurs cohérences respectives.

Raisonnons sur un exemple connu. La question est de savoir si le bailleur doit garantir à l'un de ses locataires pour le dommage que lui cause un autre de ses locataires. La possibilité d'appliquer l'article 1725 du Code civil est une difficulté ancienne : *"le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée ; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel"*. Le locataire auteur du trouble est-il un tiers ? Occasionne-t-il toujours un trouble de fait, même lorsqu'il agit dans le respect du contrat qui l'unit au bailleur commun ? Sous ces incertitudes de l'interprétation, deux conceptions du point de droit se font jour. La première (126) porte sur le fond et demeure sous l'influence de la responsabilité civile. Ses adeptes se demandent dans quels cas il est juste que le bailleur ait à payer ; peut-être est-il souhaitable qu'il ne doive réparation que s'il a, lui-même, commis une faute ou, au contraire, qu'il soit engagé en sa qualité-même de bailleur qui crée un risque ou encore qu'il doive même répondre des circonstances de force majeure (127). Dans cette présentation de la difficulté, il n'est pas sûr que soit parfaitement explicable l'avantage accordé au locataire victime d'un autre locataire du même bailleur par rapport à la victime du locataire d'un tiers. Surtout, le rapprochement avec le droit de la responsabilité civile semble méconnaître le recours dont dispose le bailleur à l'encontre de l'auteur du dommage ; en réalité, il s'agit seulement de donner la plus grande importance aux risques d'inefficacité de ce recours. De fait, qui se préoccupe d'une justice concrète, vérifiée en chaque espèce, doit raisonner ainsi.

(126) Cf. J.P. CORLAY, Les limites de l'obligation de garantie du bailleur en cas d'abus de jouissance d'un locataire au préjudice d'un autre locataire, D.S. 1977, Chron., p. 27.

(127) Cass. civ. 24 janvier 1961 : J.C.P. 1961, II, 12078, observ. P. ESMEIN.

Ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'éventuelle étude statistique du degré d'efficacité du recours du bailleur contre le tiers auteur du dommage n'a aucun intérêt pour chaque bailleur considéré en particulier (128). Dès lors, l'argument tiré du fait que le bailleur pourrait presque toujours se retourner contre son locataire -considérable en lui-même- n'emportera nullement la conviction de celui qui voudra s'en tenir à la justice de l'espèce.

A l'inverse, une deuxième approche permet de résister à l'influence dogmatique des théories de la responsabilité civile. C'est celle qui met l'accent sur l'importance des positions procédurales respectives des deux parties susceptibles de demander réparation au locataire auteur du trouble. Il est clair que le bailleur, le connaissant et lié à lui par un contrat, est mieux placé que la victime directe du dommage pour agir en justice. Dès lors, il paraît légitime de maintenir la garantie du bailleur pour tous les dommages causés par un de ses locataires à l'autre. Ayant le plus souvent un recours, il ne souffrira pas d'une solution qui est très avantageuse pour le locataire et pour l'efficacité des recours, c'est-à-dire pour la prévention des dommages entre voisins.

Deux remarques importantes s'imposent à propos d'un tel exemple qui n'a évidemment rien d'exceptionnel. La première c'est qu'entre les deux approches, entre le fond et la procédure, entre la justice de l'espèce et celle des espèces, aucun choix ne sera probablement jamais possible. Les deux séries de considérations sont légitimes et méritent d'être conservées à l'esprit, sinon respectées, en toutes hypothèses. Chaque auteur, chaque juge, chaque citoyen même peut, à un instant donné, privilégier l'une au détriment de l'autre ; et nul ne peut lui donner tort. La controverse doctrinale entre les deux thèses est donc, à la fois, indispensable pour faire leur place à tous les arguments et permanente pour empêcher l'élimination des uns par les autres. La deuxième remarque est plus hérétique. Il est probable qu'aucune intervention législative, qu'aucune décision jurisprudentielle ne peut changer fonda-

(128) Sur l'intérêt du calcul de probabilité, en matière scientifique, cf. *supra* note 100. -Adde K.R. POPPER, *La connaissance objective*, 1972, éd. Complexe, trad. C. BASTYNS, 2ème éd., 1982, p. 39, 41, 58-59.

mentalement les termes du débat. Le texte actuel de l'article 1725 du Code civil peut être interprété comme limitant la garantie aux cas où le bailleur n'est pas étranger au dommage -raisonnement qui rappelle ceux que suscitent les questions de responsabilité- ; le même texte peut aussi signifier que le bailleur est garant chaque fois qu'il a plus de chance que la victime directe d'obtenir réparation. De même, l'article 18 de la loi du 22 juin 1982 qui fait obligation au locataire *"de s'assurer contre les risques dont il doit répondre en vertu de la loi en sa qualité de locataire"* peut être invoqué à l'appui de la seconde conception ; il devient sans grand inconvénient d'étendre le domaine de la garantie du bailleur si son recours est rendu plus souvent efficace. A l'inverse, il est toujours possible de souhaiter mettre le bailleur à l'abri des tracasseries d'un procès et du risque de manquement de son locataire à l'obligation légale d'assurance. Même une nouvelle disposition légale, spécialement conçue pour trancher ce point particulier (129), ne mettrait probablement pas fin à la controverse doctrinale. La part de justice contenue dans les deux positions concevables ne peut être effacée ; elle ne pourrait donc que reparaître, au hasard de telle ou telle espèce propice à la réflexion, à la discussion et à la distinction (130).

Ceci est d'autant plus vrai qu'en droit, comme dans les sciences de la nature (131), toute difficulté, toute occasion de recherche juxtapose des choses connues, ou considérées comme telles, et des choses à établir ou à découvrir ; mais, en droit comme en science, la détermination respective du connu et de l'inconnu est relativement libre. Compte tenu de telle loi et de telle décision de la Cour de cassation, il faut tenter d'expliquer et peut-être de justifier telle autre décision ; mais, compte tenu d'une autre loi et de cette dernière décision, c'est la première qui devient objet et non plus donnée de la recherche (132). D'où la très grande incertitude d'une démarche

(129) Cette remarque finale s'impose pour écarter la trop facile objection selon laquelle nous aurions choisi une des failles -supposées rares- du droit positif, un cas exceptionnel de silence législatif.

(130) Jus est ars distinctionum.

(131) Comparer Th. S. KUHN, op. cit., p. 269 et 281. - K.R. POPPER, La connaissance objective, op. cit., p. 18 et 19.

(132) Soit la condition d'absence d'intérêt personnel de l'appauvri dans le régime de l'action *"de in rem verso"* ; il est possible soit de partir

qui privilégie le contenu des sources du droit sur le raisonnement qui tente de les harmoniser ! La controverse doctrinale systématique est le seul moyen disponible pour éviter de justifier a posteriori ce dont il a fallu se convaincre d'abord, pour maintenir ouverte la procédure de recherche du droit.

Cette dernière remarque montre, en même temps, les limites de la méthode du controversiste. La fonction de la controverse doctrinale n'est pas de justifier, de fonder, ni même de cautionner. Pour lui assigner cette mission, il faudrait revenir à une vision conventionnelle du droit, objet d'une adhésion des citoyens ou des juristes ; l'expérience prouve qu'une telle conception s'achève en un positivisme qui tue la controverse. La controverse doctrinale n'est qu'un instrument de recherche et un indice de réfutation ; c'est pourquoi, elle doit demeurer ouverte ; il est indispensable qu'elle puisse toujours accueillir l'argument complémentaire, la circonstance nouvelle, la réforme législative, la décision judiciaire inédite ou la construction théorique inattendue ; il est indispensable de la maintenir vivante contre le "consensus" le mieux établi, car *"il n'est rien de plus 'rationnel' que la méthode de discussion critique, méthode scientifique par excellence"* (133). En définitive, la vérification décisive, la justification fondamentale ne peuvent jamais venir que de la conformité au juste, à ce droit naturel que la raison humaine peine nécessairement à déceler. La démarche du controversiste consiste seulement à se placer sur son chemin, en demeurant attentif à tous les repères, à tous les jalons, à toutes les indications, sans pour autant être assuré d'aboutir. Puisque les nécessités de la vie en société imposent de prendre une décision, il ne reste plus qu'à espérer que *"Dieu la prendra du doigt pour la conduire au port"* (134).

.../...des arrêts qui l'admettent pour tenter de les justifier, soit de partir des arrêts inverses pour l'écartier. Comment s'effectue le choix entre les deux voies ? -Comparer H. PERINET-MARQUET, Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri, J.C.P. 1982, I, 3075. -G. BONET, La condition d'absence d'intérêt personnel et de faute chez l'appauvri pour le succès de l'action "de in rem verso", Mélanges P. HEBRAUD, Univ. de Toulouse, p. 59. -Sur le mécanisme de succession de plusieurs théories, cf. K.R. POPPER, op. cit., p. 26.

(133) K.R. POPPER, op. cit., p. 37.

(134) A. de VIGNY, La bouteille à la mer, Conseil à un jeune homme inconnu, XXVI in fine.

DISCUSSION

Lors d'un débat animé, tous les intervenants -à une seule exception près- ont contesté l'hypothèse d'un quelconque déclin de la controverse doctrinale en droit privé. Les participants à cette discussion ont rejeté la démarche même qui avait été adoptée ; la conviction du conférencier reposerait sur de simples apparences fallacieuses qu'une analyse moins superficielle éliminerait aisément. Le sentiment général est qu'il n'y a pas de changement de nature de l'activité doctrinale ; par conséquent, les explications proposées seraient sans objet. Il n'y aurait pas eu de "*mouvement*" dans l'étude du droit.

Résumées au risque d'être déformées, les principales observations présentées ont été les suivantes.

- **Monsieur le Doyen Henri BATIFFOL** n'a pas admis l'hypothèse du déclin ; le droit international privé lui paraît fournir une excellente preuve du maintien de la controverse doctrinale en droit privé. De surcroît, le droit lui semble devoir être conçu comme un objet extérieur à l'observateur et la jurisprudence doit l'emporter sur la doctrine.

- **Monsieur le Professeur François TERRE** conteste également l'hypothèse du déclin de la controverse doctrinale en droit privé. Il n'y a pas, selon lui, de régression, mais un triple mouvement qui peut en donner l'impression. La controverse se déplace ; elle s'éloigne du droit civil, pour venir en droit commercial (*nous remarquons qu'en cette matière, la controverse ne dépasse que très rarement l'introduction des ouvrages*) et en droit judiciaire privé. La controverse devient latente. La controverse est recouverte par le conflit des générations.

- **Maître Bernard EDELMAN** rejoint le précédent intervenant sur la condamnation de l'hypothèse du déclin. Il se demande quel peut être "*l'enjeu*" de l'affirmation d'une telle hypothèse -*ce qui ne nous interdit nullement de nous demander quel peut être l'enjeu de sa contestation-*.

Il remarque, de plus, que le conférencier rejette les juristes marxistes de la communauté scientifique des juristes non-marxistes -position qui lui paraît extrêmement critiquable- et qu'il attribue une certaine responsabilité à l'idéologie démocratique dans le soi-disant déclin de la controverse -autre affirmation condamnable-. Enfin, l'intervenant déplore que le conférencier n'ait pas élaboré une théorie juridique de la controverse.

- **Monsieur Christophe GRZEGORCZYK** a regretté que l'oeuvre de KUHN ait été utilisée comme référence épistémologique, au détriment de celle de KARL POPPER notamment ; *Pour la réponse à cette objection, cf. supra note 33.* Ce dernier est cité en seconde partie, mais ne paraît pas pouvoir influencer les positions des juristes (A,a : explications favorables) qui l'ignorent assez généralement.

- **Monsieur le Professeur Paul AMSELEK** pense qu'il n'y a pas de déclin de la controverse. Tout au plus faudrait-il tenir compte de la démocratisation du corps enseignant et d'une modification de sa position sociale pour expliquer une évolution de la présentation des polémiques ; les juristes universitaires ont moins d'espoir qu'autrefois d'influencer la jurisprudence notamment. Loin de tarir les controverses, le positivisme les favorise beaucoup plus que le jus-naturalisme. KELSEN, notamment, reconnaît leur importance.

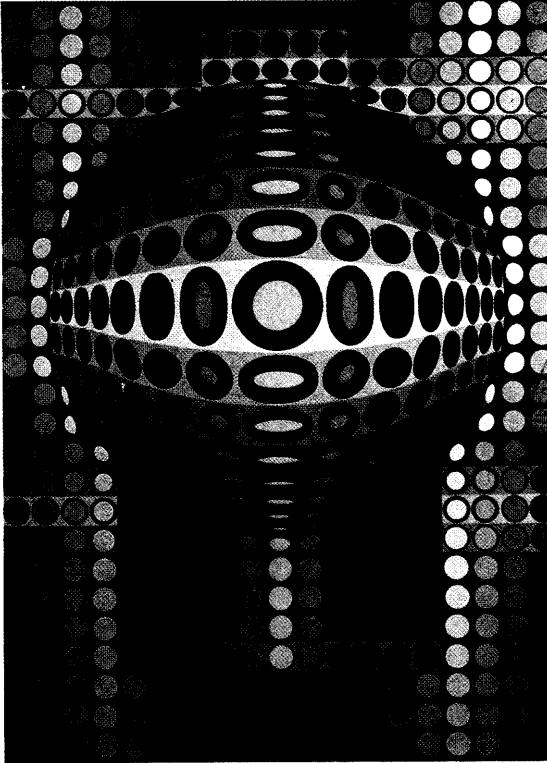
- Enfin, **Monsieur le Professeur Michel VILLEY** s'est associé aux positions prises par le conférencier, en insistant spécialement sur l'importante influence de l'évolution de la formation secondaire des universitaires. Il a également souligné l'intérêt de l'oeuvre de GRATIEN dans l'étude de la controverse juridique.

**"Un heurt de doctrines n'est pas un désastre,
"c'est une chance à saisir."**

A.N. WHITEHEAD, *Science and the modern world*,
The free press, New York, 1967, p. 186.

N° I S S N 0249-8731

DROIT PROSPECTIF



"La seule découverte digne de notre effort est de construire l'Avenir"

(Pierre TEILHARD DE CHARDIN)

A voir notamment :

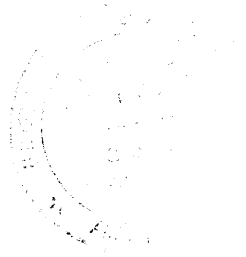
Hommage à Raymond ARON

M. le Professeur Pierre GODÉ.

La réalisation du droit : un no man's land ?

M. le Professeur Jean-Paul BUFFELAN,

Les structures de la communication juridique.



La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les «copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective» et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, «toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite» (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF

1983 - 3

Publiée par la FACULTÉ DE DROIT et de
SCIENCE POLITIQUE d'Aix-Marseille

Abréviation de référence : R. R. J.

COMITE DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire à l'Université de Bordeaux I Membre de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (†)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C. N. R. S.)
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen GUILLAUME MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M. J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et M. J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	C.	ATIAS	M. le Professeur	M.	FLORY
M. le Professeur	D.	BERRA	M. le Professeur	D.	LINOTTE
M. le Doyen	F.	BOULAN	M. le Professeur	J.	MESTRE
M. le Professeur	Y.	DAUDET	M. le Professeur	J.-L.	MESTRE
M. le Doyen	Ch.	DEBBASCH	M. le Professeur	C.	MOULY
M. le Président	L.	FAVOREU			

Secrétariat et service commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
(abonnement) 3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

ABONNEMENT : 3 numéros par an - Tarif 1983

Abonnement de Soutien : 300 F

Abonnement étranger : 240 F

Abonnement (France) : 160 F

Numéro (France) : 60 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille - C.C.P. 9404 - 15 E Marseille

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE

12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE

Sciences Juridiques, économiques et sociales

Correspondant de

LA DOCUMENTATION FRANÇAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

- R. ARON - par C. ATIAS et D. LINOTTE 481
- Principaux ouvrages de R. ARON 483
- Sommaire analytique des principales œuvres de R. ARON 485
- Informations : Le processus législatif 505
- Société pour l'histoire des Facultés de Droit 507

TENDANCES DU DROIT CONTEMPORAIN

- Un bien sévère censeur pour le législateur - Circulaire de M. P. Mauroy, présentée par C. ATIAS 511

PAGES DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT

- M. le Professeur P. GODÉ, La réalisation du droit : un no man's land ? 523
- M. le Professeur S. RIALS, A propos de l'ouvrage de M. Villey, Le droit et les droits de l'homme 540
- D. BOURGEOIS, Ces «pauvres riches» que nous sommes ! 545

ÉTUDES

- M. O. BÉAUD, Les associations professionnelles des fonctionnaires des ministères et les recours juridictionnels, essai de sociologie de droit administratif 555
- M. le Professeur J.-P. BUFFELAN, Les structures de la communication juridique 588
- M. Fr. BLUCHE et M. le Professeur S. RIALS, Fausses droites, centres morts et vrais modérés dans la vie politique française contemporaine 611

Raymond ARON

(1905-1983)

Un combattant est mort. La vérité et la justice ont perdu l'un de leurs plus ardents et efficaces défenseurs. Son plus grand triomphe ne sera pas d'entendre demain tous ses détracteurs d'hier chanter ses louanges. La victoire serait trop mesquine et trop médiocre pour un homme de cette trempe. Sa gloire a été, est et sera d'avoir soutenu la cause de la vérité et de la justice dans toutes les occasions. Sa gloire a été, est et sera d'avoir continué de dire, quand personne ou presque ne voulait l'entendre, ce qu'il fallait dire. Sa gloire a été, est et sera d'avoir soutenu, par ses prises de position, tous ceux -de plus en plus nombreux- qui luttèrent contre une certaine mode intellectuelle. Sa gloire a été, est et sera d'avoir dénoncé tous les totalitarismes et d'avoir interdit à quiconque de se présenter comme une conscience universelle. Quelle actualité, quelle éternité dans cette pensée qui clame, contre vents et marées, qui proclame et qui répète : nul n'est à l'abri du totalitarisme, à la fois, comme victime et comme auteur ; il ne suffit pas d'être "*de gauche*" pour n'être pas totalitaire ; il n'y a pas de différence entre le totalitarisme hitlérien et le totalitarisme stalinien, si ce n'est la longévité du second... Evidences ! Direz-vous... Il n'y a peut-être rien d'autre à dire pour rendre hommage à Raymond ARON.

*

* *

Raymond ARON appartient à toutes les sciences humaines ; chacune d'entre elles, à des titres divers, peut s'en réclamer ou en apprendre. Il était connu comme sociologue, historien, économiste. Qu'est-ce que le juriste pouvait trouver en lui ?

Bien sûr, il pouvait nous donner sa science. Combien d'entre-nous ont appris Weber et Tocqueville, Machiavel et Montesquieu **dans** et **par** ARON. Comment ses analyses de la politique internationale, des sociétés industrielles, n'auraient-elles pas eu d'influence sur le juriste ?

Mais c'est par ses **vertus** plus que par son **savoir** que le juriste aurait voulu pouvoir couronner ARON comme le premier d'entre les siens. Passionné de la Justice il n'était pas son procureur, passionné de la vérité il n'était pas son dictateur, passionné de l'objectivité il n'était pas froid pour autant. Il était sage mais non pas tiède. Il était modéré... mais il n'était pas modérément modéré.

C. ATIAS ET D. LINOTTE

PRINCIPAUX OUVRAGES DE Raymond ARON

CALMANN-LEVY

L'Opium des intellectuels.
Espoir et peur du siècle.
Paix et Guerre entre les nations.
Immuable et changeante, de la IVe à la Ve République.
Le Grand Débat. Initiation à la stratégie atomique.
Essai sur les libertés.

Ouvrages en collaboration :

Colloques de Rheinfelden.
La Démocratie à l'épreuve du XXe siècle, les Colloques de Berlin.
De Marx à Mao Tsé-toung. Un siècle d'internationale marxiste.

FAYARD

La Révolution introuvable. Réflexions sur la révolution de Mai.

GALLIMARD

Introduction à la philosophie de l'histoire. Essai sur les limites de l'objectivité historique.
Le Grand Schisme.
Les Guerres en chaîne.
Polémiques.
Dix-huit leçons sur la société industrielle.
La Lutte de classes.
Démocratie et Totalitarisme.
Les Etapes de la pensée sociologique.
L'Opium des intellectuels.
D'une sainte famille à l'autre.
Marxismes imaginaires.
Penser la guerre, Clausewitz.

JULLIARD

Mémoires.
De la condition historique du sociologue.
Etudes politiques.
Histoire et dialectique de la violence.

PLON

Dimensions de la conscience historique.
La Tragédie algérienne.
L'Algérie et la République.
De Gaulle, Israël et les Juifs.
La Société industrielle et la guerre.
Trois essais sur l'âge industriel.

P.U.F.

La Sociologie allemande contemporaine.

VRIN

Essai sur une théorie de l'Histoire dans l'Allemagne contemporaine.
La Philosophie critique de l'Histoire.

SOMMAIRE ANALYTIQUE DES PRINCIPALES OEUVRES DE R. ARON

LES DESILLUSIONS DU PROGRES, ESSAI SUR LA DIALECTIQUE
DE LA MODERNITE, Calmann-Lévy,
Coll. Liberté de l'esprit, 1969, 377 pages.

PREMIERE PARTIE LA DIALECTIQUE DE L'EGALITE

- I -- Société de classe ?
- II -- Gouvernants et gouvernés.
- III -- Racisme et nationalisme.

DEUXIEME PARTIE LA DIALECTIQUE DE LA SOCIALISATION

- IV -- Famille, école et masse.
- V -- De la sociabilité industrielle.
- VI -- De la critique sociale : anomie et aliénation.

TROISIEME PARTIE LA DIALECTIQUE DE L'UNIVERSALITE

- VII -- L'ordre anarchique de la puissance.
- VII -- L'ordre inégalitaire du développement.
- IX -- L'ordre hétérogène des valeurs.

CONCLUSION - Technique et histoire.

LE SPECTATEUR ENGAGÉ, ENTRETIENS AVEC Jean-Louis MISSIKA
ET Dominique WOLTON, Julliard, 1981, 339 pages.

INTRODUCTION - Jean-Louis MISSIKA et Dominique WOLTON.

PREMIERE PARTIE
LA FRANCE DANS LA TOURMENTE

- b -- UN JEUNE INTELLECTUEL DES ANNEES 30.
- a) Rue d'Ulm, 1928-Berlin 1933.
 - b) Le Front populaire : la gauche aime célébrer ses défaites.
 - c) La déchéance de la France.
- II -- LES ANNEES SOMBRES, 1940-1945.
- a) Partir pour Londres.
 - b) De Gaulle et Pétain.
 - c) L'holocauste.
- III -- LES DESILLUSIONS DE LA LIBERATION.
- a) Refaire la France.
 - b) Le virus de la politique.
 - c) Yalta, la légende du partage du monde.

DEUXIEME PARTIE
DEMOCRATIE ET TOTALITARISME

- I -- LE GRAND SCHISME. 1947-1956.
- a) Qui a gagné la guerre froide ?
 - b) Au R.P.F.
 - c) L'opium des intellectuels.
- II -- DECOLONISER.
- a) La tragédie algérienne.
 - b) De Gaulle et la décolonisation.
 - c) Les intellectuels et l'anticolonialisme.
- III -- PAIX ET GUERRE ENTRE LES NATIONS.
- a) Penser la guerre nucléaire.
 - b) Croissance économique et rivalité idéologique.
 - c) De Gaulle. Israël et les Juifs.

.../...

TROISIEME PARTIE
LIBERTE ET RAISON

I -- LA GAUCHE, IMMuable ET CHANGEANTE.

- a) Mai 1968.
- b) Le cercle carré.

II -- LE CHOC DES EMPIRES.

- a) Les illusions de la détente.
- b) Déclin de l'Empire américain ?
- c) La Chine et le Tiers-Monde.
- d) Les droits de l'homme ne font pas une politique.
- e) L'Europe décadente.

III -- LE SPECTATEUR ENGAGE.

- a) L'unité de l'oeuvre.
- b) Journaliste et universitaire.
- c) Les choix politiques.
- d) Les valeurs.

CONCLUSION : Raymond ARON.

Bibliographies :

Raymond ARON.
J.-L. MISSIKA et D. WOLTON.

LA SOCIOLOGIE ALLEMANDE CONTEMPORAINE, P.U.F.,
Coll. Quadrige, 1981, 4^e éd. (1^{re} éd. 1935), 147 pages.

Préface.

Quarante ans après.

INTRODUCTION.

CHAPITRE PREMIER
SOCIOLOGIE SYSTEMATIQUE

I -- Sociologie formelle.

II -- Communauté et société (Gemeinschaft und Gesellschaft).

III -- Sociologie phénoménologique.

IV -- Sociologie universaliste.

Conclusion.

CHAPITRE II
SOCIOLOGIE HISTORIQUE

I -- Oppenheimer.

II -- Sociologie de la culture.

III -- Sociologie de la connaissance.

Conclusion.

CHAPITRE III
MAX WEBER

I -- La science.

II -- La politique.

III -- Les recherches historiques.

Conclusion.

CONCLUSION.

PLAIDOYER POUR L'EUROPE DECADENTE, Laffont,
Coll. Libertés 2000, 1977, 510 pages.

En quête d'un titre.

PREMIERE PARTIE
L'EUROPE MYSTIFIEE PAR LE MARXISME-LENINISME

Marx, critique et prophète.

- I -- LE PROPHETISME DE MARX ET SES AVATARS.
 - Prophétisme et réalité.
 - Les thèmes majeurs.
 - Le marxisme de la IIe Internationale.
 - Le marxisme-léninisme.
 - Après la Révolution de 1917. Situation présente.
- II -- L'IDEOCRATIE, OU LE MARXISME IDEOLOGIE D'ETAT.
 - L'opium du peuple.
 - La secte révolutionnaire.
 - Fonction de l'idéologie. Soljenitsyne et Sakharov.
 - Le scepticisme et la foi.
 - Les sociétés soviétiques et leur originalité.
- III -- LE MARXISME OCCIDENTAL OU LA VULGATE.
 - De l'idéocratie à la vulgate.
 - Les réinterprétations philosophiques.
 - Marxisme critique ou dogmatique.
 - Economie, industrie, démocratie : le progressisme de l'Occident.
 - Bilan. Ce qui reste.

Le dialogue des marxistes de l'Est et de l'Ouest.

DEUXIEME PARTIE
L'EUROPE INCONSCIENTE DE SA SUPERIORITE

- IV -- L'ACCUMULATION SOCIALISTE DU CAPITAL OU CE QU'IL ADVINT DE LA GESTION PAR LES PRODUCTEURS ASSOCIES.
 - Les idées et les circonstances.
 - Le capitalisme vu par Lénine, les Soviets.
 - Le communisme de guerre, la NEP.
 - La formation du modèle soviétique.
 - Interprétation du stalinisme.
 - Pèrsistance du modèle.
- V -- LE SOCIALISME INTROUVABLE.
 - Maurice Duverger et le socialisme.
 - La productivité occidentale. Inefficacité et police.
 - L'inégalité ; l'évolution du régime.
 - L'Union soviétique et l'Europe de l'Est.
 - La social-démocratie et les socialismes sans doctrine.

VI-- DE L'IMPERIALISME SANS EMPIRE.

- Le Tiers-Monde et les thèses de Lénine.
- Lénine, le capitalisme des monopoles et l'impérialisme.
- Plus-value et exploitation, le centre et la périphérie.
- Les Occidentaux conquérants.
- Le Tiers-Monde dans l'économie mondiale.
- Dialogue nord-sud ; mythe du nouvel ordre économique mondial.

Les armes de la paix ou l'aide occidentale à l'U.R.S.S. ?

TROISIEME PARTIE
L'EUROPE VICTIME D'ELLE-MEME

La grande peur de 1973. Les thèmes de l'auto-critique.

VII-- FIN DES MIRACLES.

- Crise structurelle ou conjoncturelle.
- L'expansion, l'inflation, le dollar.
- Politiques de crise, vivre à crédit.
- Quel système monétaire ?
- La crise continue.

VIII-- AUTO-DESTRUCTION DES DEMOCRATIES LIBERALES ?

- Les Etats-Unis et les nations historiques.
- Les partis communistes de l'Ouest.
- La dictature du prolétariat. De Lénine à Balibar.
- La connivence D.C.-P.C.I.
- La Gauche et le Programme Commun.
- Le déclin britannique.

IX -- CRISE DE CIVILISATION ?

- Mai 1968, les universités, les étudiants.
- Eglise, armée ; l'autorité dans les institutions.
- Licence et répression ; la loi de Tocqueville.
- Légitimité politique et économique.

Crise et création.

DEUX SPECTRES HANTENT L'EUROPE : LA LIBERTE ET L'ARMEE ROUGE

**INTRODUCTION A LA PHILOSOPHIE DE L'HISTOIRE, ESSAI SUR LES
LIMITES DE L'OBJECTIVITE HISTORIQUE, Gallimard,
Coll. Tel, 1981 (1re éd. 1948), 589 pages.**

INTRODUCTION

SECTION I

LE PASSE ET LES CONCEPTS D'HISTOIRE

- I --Théorie et histoire (ordre et hasard).
- II -- Les histoires naturelles.
- III -- Histoire naturelle et histoire humaine.
- IV -- Le temps et les concepts d'histoire.

SECTION II

LE DEVENIR HUMAIN ET LA COMPREHENSION HISTORIQUE

Compréhension et signification.

1re Partie : De l'individu à l'histoire.

- I --La connaissance de soi.
- II -- La connaissance d'autrui.
- III --Esprit objectif et réalité collective.
- IV --La connaissance historique.

2e Partie : Les univers spirituels et la pluralité des systèmes d'interprétation.

- I --La pluralité des systèmes d'interprétation.
- II -- La compréhension des idées.
- III --La compréhension des hommes.
- IV --La compréhension des faits.

3e Partie : L'évolution et la pluralité des perspectives.

- I --L'histoire des idées.
- II -- L'histoire des faits et des institutions.
- III --Explication d'origine et rationalisation rétrospective.
- IV --L'évolution humaine.

Les limites de la compréhension.

SECTION III

LE DEVENIR HUMAIN ET LA PENSEE CAUSALE

Les directions de la recherche causale.

1re Partie : Les événements et la causalité historique.

- I --Le schéma de la causalité historique.
- II -- Causalité et responsabilité.
- III --Causalité et hasard.
- IV --Limites et signification de la causalité historique.

2e Partie : Les régularités et la causalité sociologique

- I -- Causes naturelles.
- II -- Causes sociales.
- III -- Causes sociales et conditions individuelles (limites de la causalité statistique).
- IV -- Cause et premier moteur (de la causalité à la théorie).

3e Partie : Le déterminisme historique.

- I -- Causalité historique et causalité sociologique.
- II -- Les lois historiques.
- III -- La systématisation causale.
- IV -- Le déterminisme historique.

Déterminisme et probabilité.**Les limites de la synthèse causale.**

SECTION IV
HISTOIRE ET VERITE

1re Partie : Les limites de l'objectivité historique.

- I -- Compréhension et causalité.
- II -- La structure du monde historique.
- III -- Le devenir et l'existence.
- IV -- Science et philosophie de l'histoire.

2e Partie : Les limites du relativisme historique.

- I -- Le relativisme historique.
- II -- Les dépassements de l'historisme.
- III -- Philosophies de l'histoire et idéologies.
- IV -- La pluralité des modes de considération.

3e Partie : L'homme et l'histoire.

- I -- L'homme dans l'histoire : choix et action.
- II -- L'homme historique : la décision.
- III -- L'histoire de l'homme : la recherche de la vérité.
- IV -- Temps historique et liberté.

APPENDICE

- Les trois modes de l'intelligibilité historique.
- Postface à un Colloque.
- Comment l'historien écrit l'épistémologie : à propos du livre de Paul Veyne.
- Récit, analyse, interprétation, explication. Critique de quelques problèmes de la connaissance historique.

**LES ETAPES DE LA PENSEE SOCIOLOGIQUE, Montesquieu, Comte,
Marx, Tocqueville, Durkheim, Pareto, Weber**
Coll. Tel, Gallimard, 1982 (1re éd. 1967), 663 pages.

INTRODUCTION

I. - LES FONDATEURS

CHARLES-LOUIS DE SECONDAT BARON DE MONTESQUIEU.

1. Théorie politique.
2. De la théorie politique à la sociologie.
3. Les faits et les valeurs.
4. Les interprétations possibles.

AUGUSTE COMTE.

1. Les trois étapes de la pensée de Comte.
2. La société industrielle.
3. La sociologie, science de l'humanité.
4. Nature humaine et ordre social.
5. De la philosophie à la religion.

KARL MARX.

1. L'analyse socio-économique du capitalisme.
2. Le Capital.
3. Les équivoques de la philosophie marxiste.
4. Les équivoques de la sociologie marxiste.
5. Sociologie et économie.
6. Conclusions.

Alexis DE TOCQUEVILLE.

1. Démocratie et liberté.
2. L'expérience américaine.
3. Le drame politique de la France.
4. Le type idéal de la société démocratique.

LES SOCIOLOGUES ET LA REVOLUTION DE 1848.

1. Auguste Comte et la Révolution de 1848.
2. Alexis de Tocqueville et la Révolution de 1848.
3. Marx et la Révolution de 1848.

II. - LA GENERATION DU TOURNANT DU SIECLE

Introduction de la IIe partie.

EMILE DURKHEIM

1. De la Division du travail social (1893).
2. Le Suicide (1897).
3. Les Formes élémentaires de la vie religieuse (1912).
4. Les Règles de la méthode sociologique (1895).
5. Sociologie et socialisme.
6. Sociologie et philosophie.

VILFREDO PARETO.

1. L'action non-logique et la science.
2. Des expressions aux sentiments.
3. Résidus et dérivations.
4. La synthèse sociologique.
5. Science et politique.
6. Une oeuvre contestée.

MAX WEBER.

1. Théorie de la science.
2. Histoire et sociologie.
3. Les antinomies de la condition humaine.
4. La sociologie de la religion.
5. Economie et société.
6. Weber, notre contemporain.

CONCLUSION

Notes.

ANNEXES.

- Auguste Comte et Alexis de Tocqueville, juges de l'Angleterre.
- Idées politiques et vision historique de Tocqueville.
- Max Weber et la politique de puissance.

ANNEXE BIBLIOGRAPHIQUE.

LA LUTTE DE CLASSES, NOUVELLES LEÇONS SUR LES
SOCIÉTÉS INDUSTRIELLES, NRF, Gallimard,
1964, Coll. Idées, n. 47, 377 pages.

PREFACE.

- I. Rappel et perspectives.
- II. La conception marxiste des classes.
- III. Deux définitions des classes.
- IV. Définitions, enquêtes, problèmes.
- V. Les classes dans les sociétés capitalistes.
- VI. Intérêt de classe et lutte de classes.
- VII. Les relations de classes dans la société soviétique.
- VIII. Des classes sociales au pouvoir politique.
- IX. Elite divisée et élite unifiée.
- X. Comparaison des classes dirigeantes.
- XI. Les tendances de l'évolution sociale.
- XII De la lutte de classes à la satisfaction querelleuse.
- XIII. Distinctions objectives, distance sociale, conscience de classe.
- XIV. Classes et mobilité sociale.
- XV. De la mobilité sociale à la circulation des élites.
- XVI. L'avenir des catégories dirigeantes en Occident.
- XVII. Remarques sur l'évolution du régime soviétique.
- XVIII. L'avenir des catégories dirigeantes en Union soviétique.
- XIX. Conclusions.

**LA PHILOSOPHIE CRITIQUE DE L'HISTOIRE,
ESSAI SUR UNE THEORIE ALLEMANDE DE L'HISTOIRE,**

Vrin, 1969, 313 pages.

PREFACE.

INTRODUCTION.

1. LA CRITIQUE DE LA RAISON HISTORIQUE (Dilthey)

Introduction.

1. Thèmes et périodes

2. Introduction aux sciences de l'esprit.

- La conscience historique.
- Fin de la métaphysique.
- Les sciences morales.
- Sociologie et philosophie de l'histoire.

3. Psychologie analytique et philosophie de la vie.

- Critique de la psychologie constructive.
- La structure.
- Psychologie et sciences morales.
- Philosophie de la vie.
- L'échec de la tentative.

4. L'édification du monde historique.

- Les sciences de l'esprit.
- Les concepts nouveaux.
- Compréhension et signification.
- Les problèmes, l'individuel et l'universel.

5. Philosophie de la philosophie.

- L'essence de la philosophie.
- L'interprétation de l'histoire de la philosophie.
- Scepticisme et philosophie nouvelle.

6. Examen.

- L'influence de Dilthey.
- Le fondement des sciences de l'esprit.
- Les problèmes philosophiques de l'histoire.

2. LOGIQUE DE L'HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DES VALEURS (Rickert)

Introduction.

1. Exposé.

- Les limites des sciences naturelles.
- Les sciences du singulier et science de la culture.
- La compréhension.
- Objectivité et valeurs.
- Science et philosophie de l'histoire.

.../...

2. **Critique.**

- Discussions anciennes.
- Equivoques.
- Insuffisance et gratuité.

3. **PHILOSOPHIE DE LA VIE ET LOGIQUE DE L'HISTOIRE (Simmel)**

Introduction.

1. **Les périodes.**

2. **Détermination de l'objet historique.**

- Première philosophie.
- Dernière philosophie.

3. **Compréhension.**

- Première philosophie.
- La compréhension de l'autre.
- L'univers de la science historique.
- Lois historiques.
- La dernière philosophie.
- Objectivité.

4. **Logique de l'histoire dans la philosophie de Simmel.**

- La première philosophie.
- Dernière philosophie.
- Les problèmes philosophiques de l'histoire.

5. **Examen.**

4. **LES LIMITES DE L'OBJECTIVITE HISTORIQUE ET LA
PHILOSOPHIE DU CHOIX (Weber)**

Introduction.

1. **Logique de l'objectivité.**

- La sélection et la constitution d'objet.
- La causalité.
- La compréhension.
- Les polémiques.

2. **Philosophie du choix.**

3. **Examen.**

5. **CONFRONTATION DES DOCTRINES**

Conclusion.

MARXISMES IMAGINAIRES, D'UNE SAINTE FAMILLE A L'AUTRE,

NRF, Gallimard, 1970, Coll. Idées n. 209, 377 pages.

PREMIERE PARTIE

- Marxisme et existentialisme.
- Aventures et mésaventures de la dialectique.
- Le fanatisme, la prudence et la foi.

DEUXIEME PARTIE

- La lecture existentialiste de Marx.
- Althusser ou la lecture pseudo-structuraliste de Marx.
- Equivoque et inépuisable.

PENSER LA GUERRE, Clausewitz, t.I, L'âge européen,
NRF, Gallimard, Coll. Bibl. des sciences humaines, 472 pages.

AVANT-PROPOS

PREFACE

INTRODUCTION. De l'interprétation historique.

PREMIERE PARTIE
DE L'HOMME A L'OEUVRE

Chapitre I. **Les expériences vécues.**

1. Les deux périodes : l'action et l'oeuvre. Les origines de la personnalité. Clausewitz et Marie von Brühl.
2. La défaite et la résistance.
3. De la campagne de Russie à Waterloo.
4. Le temps de la méditation.

Chapitre II. **La formation de la pensée (1804-1830).**

1. La critique de H. von Bülow et la théorie des définitions.
2. Les thèmes de la Stratégie de 1804.
3. L'élaboration du Traité d'après les Notes. L'interrogation finale.

Chapitre III. **La synthèse final et le débat stratégique.**

1. Le système conceptuel.
2. La définition trinitaire, aboutissement de la conceptualisation.
3. Delbrück et la stratégie de Frédéric.
4. Delbrück et Clausewitz, vocabulaire et idées, Ermattung, Ermüdung, Erschöpfung, Manoeuvre et stratégie manoeuvrière.
5. Pourquoi les guerres de la deuxième espèce ? Critique de W. M. Schering.

DEUXIEME PARTIE
LA DIALECTIQUE

Introduction. Le plan du Traité.

Chapitre IV. **Les moyens et les fins.**

1. Le découpage de l'objet. Tactique-stratégie.
2. La Formule : guerre et politique.
3. La loi suprême et la suprématie de la politique.
4. Deux interprétations : Eric Weil et W. M. Schering.

.../...

Chapitre V. Le moral et le physique.

1. Les origines de l'élément moral.
2. La vertu guerrière de l'armée.
3. Le nombre et les autres facteurs de la victoire.
4. Le génie guerrier, le savoir et les dons naturels.
5. Génie guerrier et génie politique. Frédéric et Napoléon.

Chapitre VI. Défense et attaque.

1. La dialectique de la défensive et de l'offensive.
2. Les espèces de résistance ; les positions de flanc ; les deux espèces de guerre.
3. Quelle révision envisageait Clausewitz ? Parer, frapper, conserver, prendre. Le concept d'Ausweg.

TROISIEME PARTIE
LE PROJET THEORIQUE

Introduction. Jomini et Clausewitz. Que signifie la révolution théorique ?

Chapitre VII. La théorie et les lois.

1. Les trois conceptions de la théorie.
2. Lois nécessaires et loi de probabilité.
3. Loi originelle, loi générale, loi dynamique.
4. Les propositions de la Note finale.

Chapitre VIII. La théorie et l'histoire.

1. Loi, règle méthodisme.
2. Limitation de l'expérience et validité de la théorie.
3. Les exemples et la critique ; illustration et démonstration ; le jugement par l'issue ; la valeur des principes.

Chapitre IX. De la théorie à la doctrine.

1. Principes et esprit en 1804.
2. Des Principes de 1812 au Traité.
3. La dialectique des concepts. Hegel et Kant.
4. Clausewitz et Montesquieu.

NOTES

NOTE I. Scharnhorst

NOTE II. Les lectures de jeunesse

NOTE III. Gneisenau

NOTE IV. La Landwehr ou réserve territoriale

NOTE V. Clausewitz et Tolstoï

NOTE VI. Les patriotes prussiens en 1815

.../...

- NOTE VII. Le régime militaire de la Prusse
 NOTE VIII. La mort de Clausewitz
 NOTE IX. Clausewitz et Gneisenau
 NOTE X. Les oeuvres de H. von Bülow
 NOTE XI. Henrich Dietrich Adam Freiherr von Bülow
 NOTE XII. G.H. von Berenhorst
 NOTE XIII. La politique dans les oeuvres de jeunesse
 NOTE XIV. E.A. Nohn et le débat intemporel
 NOTE XV. Le contenu de la Stratégie de 1804
 NOTE XVI. Zweck et Ziel
 NOTE XVII. Polarité
 NOTE XVIII. A. Glucksmann
 NOTE XIX. Le livre VIII
 NOTE XX. Le débat stratégique
 NOTE XXI. Le vocabulaire, usure, fatigue, épuisement
 NOTE XXII. Clausewitz et le débat stratégique
 NOTE XXIII. Schering et les deux espèces de guerre
 NOTE XXIV. Frédéric et Périclès
 NOTE XXV. Rosinski et la synthèse finale
 NOTE XXVI. L'interprétation de E. Kessel
 NOTE XXVII. G. Ritter et la guerre absolue
 NOTE XXVIII. Discussion de Schering
 NOTE XXIX. La Formule
 NOTE XXX. F. von Gentz
 NOTE XXXI. L'influence de Kant
 NOTE XXXII. Nature des relations interétatiques
 NOTE XXXIII. Note sur Eric Weil. Préséance de la politique intérieure
 NOTE XXXIV. La totalité guerre-politique
 NOTE XXXV. Les tempéraments, selon l'anthropologie de Kant
 NOTE XXXVI. Frédéric II et Napoléon
 NOTE XXXVII. Encore A. Glucksmann
 NOTE XXXVIII. La comparaison avec l'art
 NOTE XXXIX. Jouer en deuxième (Die Hinterhand)
 NOTE XL. La définition trinitaire et le livre VIII

PENSER LA GUERRE, Clausewitz, t.II, L'âge planétaire,
NRF, Gallimard, Coll. Bibl. des sciences humaines, 365 pages.

INTRODUCTION B. H. Liddell Hart contre Clausewitz.

PREMIERE PARTIE
PROCUREUR OU ACCUSÉ ?

Introduction : Trois thèmes.

Chapitre I. De l'anéantissement à l'épuisement.

1. Bismarck et Moltke.
2. Les disciples français. Foch.
3. Schlieffen : le nouveau dogmatisme.
4. Delbrück, Falkenhayn, Ludendorff.

Chapitre II. La rencontre de deux révolutions.

1. Lénine, lecteur de Clausewitz.
2. Lénine et la typologie des guerres.
3. Hitler et les paris du chef politique.
4. Le compromis impossible.

Chapitre III. L'armement du peuple.

1. L'armement du peuple : 1813, 1871.
2. Mao Tsétoung et la dialectique défensive-offensive.
3. 1813-1942. Tauroggen et Alger. Les résistants.
4. L'étrange alliance. Le renversement de la Formule.

DEUXIEME PARTIE
L'AGE NUCLEAIRE
LE PARI SUR LA RAISON

Introduction : Les néo-clausewitziens.

Chapitre IV. Les traites de la dissuasion.

1. Analyse et synthèse sans expérience.
2. La stratégie-fiction : scénarios et modèles.
3. Intimidation, dissuasion, persuasion.
4. Maîtrise des armements et dissuasion.
5. Le problème moral.

Chapitre V. La guerre est un caméléon.

1. Guerre de libération nationale et guerre révolutionnaire.
2. Guerre classique : décision militaire et fin politique.
3. Les guerres du Vietnam et l'Amérique latine.
4. Carl Schmitt et la figure du partisan.

Chapitre VI. La politique ou l'intelligence de l'Etat personnifié.

1. La fiction théorique et la réalité.
2. La rationalité : de Clausewitz aux analystes américains.
3. Les principes clausewitziens à l'âge nucléaire.
4. La définition de la guerre et l'ubiquité de la violence.
5. Nations, classes et empires.

EPILOGUE. Adieu aux armes ou la Grande Illusion.

NOTES

- NOTE I. Liddell Hart et Clausewitz
- NOTE II. Clausewitz et la campagne d'Italie
- NOTE III. A. Grouard
- NOTE IV. Le premier livre français sur Clausewitz : Bystrzonowski
- NOTE V. Première lecture avant 1872
- NOTE VI. Clarté et équivoque
- NOTE VII. Georges Gilbert
- NOTE VIII. Problèmes de traduction
- NOTE IX. Culte de Napoléon et critique de Clausewitz
- NOTE X. Jaurès contre Gilbert
- NOTE XI. Le plan Schlieffen
- NOTE XII. La dilution du plan Schlieffen
- NOTE XIII. Jugements de B.H. Liddell Hart et de H. Rosinski
- NOTE XIV. Falkenhayn et Ludendorff
- NOTE XV. La paix de compromis
- NOTE XVI. Les textes de Lénine
- NOTE XVII. La légende des occasions perdues
- NOTE XVIII. Un critique américain d'inspiration clausewitzienne
- NOTE XIX. Les accords de maîtrise des armements
- NOTE XX. Le général Beaufre et la guerre révolutionnaire.

INFORMATIONS

RECHERCHE SUR LE PROCESSUS LEGISLATIF

La Fondation européenne des sciences (Strasbourg) vient de lancer une recherche de droit comparé sur le thème du **processus législatif**. Cette étude, qui durera trois ans, a été confiée à deux équipes ; la première, dirigée par le professeur A. PIZZORUSSO (Florence) prend en charge les aspects de droit public de la confection de la loi alors que la seconde, animée par le professeur A. VIANDIER (Paris V), s'intéresse aux aspects de droit privé. Le domaine de la recherche englobe notamment les questions suivantes : matériaux utilisés par le législateur, préalables à la confection de la loi, style de la loi, rédacteurs de la loi, etc... L'espace de la recherche comprend les U.S.A., la Grande-Bretagne, l'Italie, la France, l'Allemagne fédérale, la Hongrie, la Suède, l'Espagne, la Belgique, la Suisse, la Grèce, Israël, le Canada et les Pays-Bas.

Le projet manifeste l'intérêt de la Fondation pour les sciences humaines. Constituée en 1974, et regroupant les institutions scientifiques et culturelles de dix huit pays (le C.N.R.S. pour la France), la Fondation finance actuellement une autre recherche de droit comparé relative à la responsabilité médicale.

*

* *

SOCIÉTÉ POUR L'HISTOIRE DES FACULTÉS DE DROIT

Les Facultés de droit, malgré leur originalité et leur rayonnement dans l'enseignement supérieur, n'ont jamais fait l'objet d'études historiques exhaustives et largement diffusées.

Afin de combler cette lacune, une association, la **Société pour l'Histoire des Facultés de Droit**, s'est constituée sous la présidence du **Professeur Drago**. Son objet est de rassembler le corps enseignant des Facultés de droit et les membres des diverses professions qu'il a formés dans le but :

- 1.— de promouvoir une politique de conservation et de sauvegarde d'archives et d'objets nécessaires à l'histoire de ces Facultés ;
- 2.— de rassembler les travaux existants et de constituer un fonds documentaire ;
- 3.— de susciter de nouvelles recherches ou analyses dont les résultats seront diffusés par tous moyens appropriés tels que publications, colloques, conférences ou expositions.

BULLETIN D'ADHÉSION

NOM

ADRESSE

.....

.....

PROFESSION

Cotisation : — membre actif : 100,00 F

— membre bienfaiteur : 250,00 F

Les règlements doivent être rédigés à l'ordre de :

Société pour l'Histoire des Facultés de Droit

Bulletin à envoyer au siège de l'Association : C. E. R. S. A. — Université Paris II
Place du Panthéon - 75005 PARIS



R. R. J. 1983-3
Pages 509 à 520

T E N D A N C E S D U D R O I T
C O N T E M P O R A I N



UN BIEN SEVERE CENSEUR POUR LE LEGISLATEUR

Circulaire de M. P. MAUROY
présentée par C. ATIAS
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Nous présentons ci-dessous une circulaire dont l'auteur, malgré la virulence de ses critiques contre les réformes récentes, n'a pas demandé à bénéficier de l'anonymat. Nous nous permettons d'illustrer son propos de quelques exemples.

Le Premier Ministre

à

Mesdames et Messieurs
les ministres et secrétaires
d'Etat.
(1)

Le Président de la République a demandé récemment au Gouvernement d'améliorer la rédaction des projets de loi. Il a présenté à ce sujet des observations que rejoignent celles que les présidents des assemblées et le vice-président du Conseil d'Etat ont formulées à plusieurs reprises.

Les critiques portent, dans l'ensemble, sur la longueur excessive des textes, que ne justifie pas

(1) Circulaire n. 1794/SG du 14 juin 1983 relative à l'élaboration des projets de loi. Nous tenons à préciser :

1) que ceci n'est pas un canular.
2) que le texte de la circulaire est ici publié tel quel sans adjonction, ni modification (à l'exception des caractères gras). Seul le texte en italique est de notre plume.

3) que le signataire de la circulaire est Monsieur Pierre MAUROY, Premier Ministre du gouvernement qui a déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le projet de loi qui a abouti à la loi du 22 juin 1982 choisie comme exemple pour les besoins du commentaire. Nous aurions pu en donner beaucoup d'autres...

toujours le contenu des dispositions à prendre. Les travaux du Parlement s'en trouvent inutilement alourdis et les lois qui en sont issues restent souvent marquées par les défauts des projets.

Deux remarques : Les responsables sont désignés ; ce sont les services ministériels, les bureaux qui préparent les projets. Peut-être les intéressés demanderaient-ils à nuancer le propos. "La critique est aisée..." Si notre censeur avait des responsabilités gouvernementales, il verrait ce que c'est. Sa deuxième remarque en témoigne. La "longueur excessive des textes" n'est-elle pas le fait des Ministres eux-mêmes qui fixent, aux services, des objectifs trop ambitieux ?

La présente circulaire se propose de fixer certaines lignes directrices concernant la conception même du travail législatif et les techniques de rédaction des textes.

*La "légistique" fait son entrée ! Il n'est pas exclu que, désormais, le gouvernement prenne le parti de réfléchir **avant** de déposer un projet de loi. Les universités, menacées de réforme, elles-aussi, s'en réjouiront.*

I - Les projets de loi doivent correspondre à une véritable nécessité juridique.

Il va d'abord de soi que toute tentative d'élaborer un texte de principe, qui ne modifierait pas substantiellement les dispositions en vigueur et n'aurait pour raison d'être que de traduire une inspiration générale différente, doit être repoussée. Une nouvel-

le orientation ne justifie un projet de loi que si elle a pour conséquence de remettre en cause l'état de droit existant.

Otez-moi d'un doute ! Un certain Pierre Mauroy, un homonyme sans doute du signataire de la présente circulaire, n'a-t-il pas apposé son nom au bas d'un projet devenu loi du 22 juin 1982 dans laquelle figure cet article 26 :

Art. 26 - Une loi ultérieure fixera les conditions dans lesquelles le juge pourrait rejeter toute demande tendant à faire constater ou à prononcer la résiliation du contrat de location pour défaut de paiement du loyer ou des charges, si le locataire de bonne foi se trouve privé de moyens d'existence. Cette loi déterminera notamment les règles d'indemnisation du bailleur, les ressources affectées à cette indemnisation et les modalités du relogement éventuel du locataire.

S'il est à peine nécessaire de rappeler cette première règle, maints exemples dans la législation récente montrent la nécessité d'en souligner une seconde assez voisine : il faut éviter d'introduire dans les projets des dispositions sans contenu normatif, généralement consacrées à des déclarations de principe ou à la présentation de la philosophie du texte.

En effet, les lois ont pour objet d'autoriser, d'ordonner, d'interdire, de créer des droits et des obligations. Les raisons pour lesquelles elles sont soumises au Parlement, l'esprit dont elles procèdent, les objectifs qu'elles se fixent, relèvent de l'exposé des motifs, des explications à fournir au Parlement et au public, voire des commentaires que les ministres responsables doivent en donner après

leur promulgation, notamment dans les circulaires. **Non seulement, en effet, l'énoncé des principes généraux alourdit le débat, mais une fois adopté, il peut créer des difficultés juridiques** : la portée de ces principes reste incertaine pour le juge chargé d'interpréter la loi ou pour l'autorité réglementaire chargée d'élaborer les décrets d'application. La question de savoir si de telles déclarations sont bien respectées risque donc d'alimenter un contentieux inutile.

La même question se pose ici, à propos de l'article 1er de la même loi. Nous l'avons critiqué, ce qui nous avait valu le reproche de manquer d'objectivité ; apparemment M. Mauroy a lui aussi des arrière pensées politiques opposées au gouvernement.

Loi du 22 juin 1982,

TITRE 1er Principes généraux

Art. 1er - Le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent.

L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation et de sa localisation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales.

Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés, dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives.

Les rédacteurs des projets doivent également observer la règle de l'économie des moyens. Elle doit les conduire à modifier les textes existants plutôt qu'à les refaire, et ne leur apporter que les modifications strictement nécessaires. Quand il s'agit des décrets, la démarche doit être inverse : lorsque les transformations atteignent un certain degré, il convient de procéder à une réécriture, complète. Pour les lois, au contraire, il y a des inconvénients sérieux, à la fois pour le Parlement et le Gouvernement, à faire entrer dans les projets des dispositions qui existaient déjà et qu'on ne modifie pas.

L'auteur oublie tous les avantages qu'en bonne démagogie, il y a à pouvoir dire que le gouvernement a préparé une grande loi sur telle ou telle question. Ces bons apôtres n'ont aucune conscience des "nécessités politiques". Ah, s'il était ministre,... ! Quand on n'a pas le courage d'abroger ou de modifier les dispositions du Code civil relatives au bail et qu'on veut refaire une loi sur le bail, pourquoi se priver de recopier, en changeant juste quelques mots... pour voir quelles belles difficultés d'interprétation en découleront ? Cf. loi du 22 juin 1982,

Art. 18 - Le locataire est tenu des obligations principales suivantes :

- d'user paisiblement de la chose louée suivant la destination qui lui été donnée par le contrat de location ;
- de répondre des dégradations et pertes qui surviennent pendant la durée du contrat dans les locaux dont il a la jouissance exclusive, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu

par cas de force majeure,
par faute du bailleur ou par
le fait d'un tiers qu'il n'a
pas introduit dans le logement ;

Code civil :

Art. 1728 - Le preneur est tenu de deux obligations principales :
1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;

...

Art. 1732 - Il répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute.

Art. 1735 - Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires.

II - Le Gouvernement doit, en second lieu, veiller au respect du partage, fixé par la Constitution et précisé par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, entre la loi et le règlement.

Certes, ce partage ne peut pas toujours s'établir de manière absolue, et il est des cas dans lesquels l'intelligibilité d'un texte de loi rend inévitable l'insertion de certaines dispositions de nature réglementaire. Mais ces cas doivent rester tout à fait exceptionnels. Dans la pratique, les ministères maintiennent de telles dispositions à cause de l'importance qu'elles leur paraissent présenter, ou parce qu'elles existaient déjà dans les lois précédentes et que leur disparition risquerait d'être mal interprétée, ou encore parce qu'ils les ont fait figurer dans le projet soumis aux concertations préalables et qu'ils estiment impossible, en opportunité, de les disjoindre.

Aucune de ces raisons ne peut prévaloir sur le respect de la Constitution. L'expérience montre, en outre, que la présence de dispositions réglementaires dans une loi comporte des inconvénients pratiques que la faculté ouverte au Gouvernement de demander au Conseil constitutionnel de les déclasser n'atténue guère, dans la mesure où un tel déclassement peut difficilement être demandé au lendemain de la promulgation de la loi.

Le Gouvernement doit donc se fixer pour règle de toujours suivre l'avis du Conseil d'Etat lorsque celui-ci écarte d'un projet une disposition de nature réglementaire. Au cours du débat parlementaire, la même vigilance s'impose à l'égard des amendements : les ministres ne doivent pas hésiter à soulever l'irrecevabilité prévue par l'article 41 de la Constitution.

III - Les auteurs des projets de loi doivent enfin s'astreindre à respecter certaines règles de rédaction.

A peine convient-il de rappeler celles qui touchent à la clarté, à la concision, à l'organisation des textes en articles ou en chapitres, encore que la production législative récente ne donne pas toujours, de ces divers points de vue, pleinement satisfaction.

Dont acte ! Et pourtant, qui, parmi les juristes, ne s'était réjoui de voir l'article 25 de la loi du 22 juin 1982 donner effet à une clause que l'article 27 déclarait nulle, ou l'article 75-5° de la même loi se compter lui-même parmi les textes dont il excluait l'application à certains locaux,...

En revanche, deux principes méritent d'être soulignés.

D'une part, la même matière ne doit pas être répartie entre plusieurs projets de loi : le législateur est ainsi mieux à même d'apercevoir la portée des dispositions qu'il prend. En sens inverse, il arrive que certaines lois traitent simultanément d'objets

différents, ce qui rend souvent leur adoption plus difficile et nuit à leur qualité.

D'autre part, dans les domaines où une codification existe, il importe de ne pas la détruire en soumettant au Parlement des textes non codifiés. Sans doute, la lecture d'un projet qui modifie les articles d'un code est-elle malaisée, mais il faut avoir conscience de l'avantage que le rassemblement, en un seul document, de dispositions applicables à un même sujet procure au public. Au stade du projet, il serait sans doute utile, dans ce cas, qu'à l'exposé des motifs de la loi s'ajoute un exposé des motifs par article qui explique la portée des modifications ou des adjonctions introduites dans le code en vigueur.

Avis : *information gratuite à l'intention des Ministres et services ministériels : en droit civil, depuis 1804, la France est dotée d'un "code en vigueur".*

Nom : Code civil (en vente dans toutes les bonnes librairies).

Caractéristiques : correctement rédigé (lui !) et faisant partie de "l'héritage".

Je demande, enfin, aux ministres de programmer la préparation des projets de loi de telle manière que les instances chargées de les examiner, voire de les adopter, disposent de délais suffisants. On constate trop souvent, à l'heure actuelle, que la phase de concertation et de consultation préalables est beaucoup plus longue que celle qui est laissée au Conseil d'Etat, et parfois même au Parlement, pour étudier les textes. Sans doute, un projet de loi doit-il faire l'objet d'une soigneuse préparation avec toutes les parties intéressées, mais il importe de ne pas sacrifier, en les raccourcissant à l'extrême, les phases au cours desquelles il recevra sa forme définitive.

Je demande également au secrétaire général du Gouvernement de veiller à la stricte application de ces

directives notamment à l'occasion des réunions inter-ministérielles de concertation sur les projets de loi auxquelles participent ses chargés de mission

Pierre MAUROY

Bref ! Qu'on se le tienne pour dit ; ça ne va plus se passer comme ça et, maintenant, il n'est pas exclu qu'on cesse de faire n'importe quoi !

R. R. J. 1983-3
Pages 521 à 552

LES PAGES DE PHILOSOPHIE
DU DROIT

LA REALISATION DU DROIT :

un no man's land ? (*)

par Pierre GODE

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Nice

1 - La question peut sembler gratuite, de savoir si la réalisation du droit se situe à l'intérieur même du Droit, ou si elle lui est étrangère. Car de même qu'il n'est pas de musique sans interprétation, il semble qu'il ne peut être de droit sans sa réalisation. A l'origine est le fait, ou plus exactement telle catégorie de faits, que le législateur appréhende par une double opération d'abstraction et de généralisation ; par la suite, le juge recherchera, face à des cas concrets, si les faits réunis dans telle espèce correspondent aux présupposés définis par la loi. En ce sens, on a pu dire que "*Le Droit n'atteint sa plénitude qu'en se réalisant*" (Motulsky), ou encore que "*La réalisation est la vie et la vérité du Droit*" (Ihering). Cette vision ontologique du Droit s'accorde bien au "*positivisme*" juridique. Le Droit serait parce qu'il se réalise et il n'existerait qu'en ce qu'il se réalise. Le Droit lui-même est de nos jours démythifié (ce pourquoi on le prive généralement de sa majuscule) ; comme par **a fortiori**, la réalisation du droit est rangée non point parmi les sciences ou les arts, mais parmi les simples techniques ; en l'occurrence, techniques par lesquelles les juges rapprochent les faits litigieux des divers présupposés contenus dans les lois, afin de rechercher la solution juridique à appliquer. La tâche du juriste, à ce stade de la réalisation, consisterait à ramener le Droit "*des hautes sphères de la philosophie aux zones inférieures des difficultés journalières*" (Demogue).

(*) Texte d'une conférence faite le 14 mars 1983, au Centre de Philosophie du Droit d'Aix-en-Provence.

2 - Dans le même temps s'accuse la distinction du droit et du fait ; ou de la théorie et de la pratique. La création et l'interprétation générale des règles de droit demeurent dans le domaine des sciences, d'autant plus facilement qu'elles ont perdu toute essence divine ; tandis que le fait et la pratique constituent le bas étage de la justice (rappr. de l'expression "*les juges du fond*", synonyme de "*juges du fait*"). La nuance réductrice apparaissait déjà chez le Doyen Gény pour qui, à l'objectif de la réalisation du droit, "*le tact et le doigté du praticien contribueront mieux que la pénétration du penseur*" ; elle peut sembler encore plus nette chez Motulsky, lequel a vu dans la réalisation du droit "*une parcelle du vaste domaine de la technique, voire de la pratique*", où l'on ne peut trouver "*de spéculation sur les grands problèmes de la philosophie du droit*"... Il n'est cependant pas sûr que les distances prises par rapport à la pensée pure ou à la philosophie correspond, dans l'esprit de ces auteurs, à une réduction de la pratique par rapport à la spéculation intellectuelle ; l'interprétation inverse n'est pas exclue...

3 - On ne cherchera pas ici à découvrir les frontières de la philosophie, lesquelles, par définition, ne devraient d'ailleurs pas exister. Restons-en aux frontières du droit et à la question de la double distinction entre le droit et le fait, la théorie et la pratique. Sur ce dernier point, il est vrai que les enseignements de nos Facultés tendent à négliger le fait brut au profit d'un fait conceptualisé et ainsi ramené à la théorie ; celle-ci est parfois valorisée au point de faire place au dogmatisme. Les faits réels sont présentés comme affaire de praticiens ou de sociologues. Encore ne doit-on rien exagérer et l'on pourrait trouver de nombreux exemples de réhabilitation, expresse ou implicite, des réalités auxquelles s'applique le droit.

Au fond, chacun s'accordera à reconnaître, puisque le droit ne s'accomplit qu'en se réalisant, que cette réalisation entre dans le champ de la philosophie juridique : il paraît essentiel, en particulier, de savoir si la réalisation du droit obéit à des règles de droit ou si elle s'accomplit hors du droit, au hasard des événements, des réactions humaines ou d'autres phénomènes qui échapperaient au droit. De la réponse à cette question dépend la notion même de règle de droit. Il s'agit, d'une certaine façon, de savoir si les auteurs des lois cherchent -et

parviennent- à rendre celles-ci efficaces, la pleine efficacité supposant non seulement la production d'effets, mais d'effets conformes à ceux qui ont pu être initialement prévus.

4 - L'opinion la plus répandue est, semble-t-il, que la règle de droit contient en germe sa propre réalisation. L'on a dit en ce sens que la décision judiciaire était guidée par la loi (Gottlieb), que celle-ci programme sa propre réalisation (Simon). L'idée, qui paraît toute naturelle, rejoint une célèbre analyse du droit subjectif : l'action en justice ne serait que le droit (subjectif) en mouvement, ou encore "*le droit casqué et armé*" (Ihering). Par un déterminisme social, chaque règle se réaliserait ainsi conformément à la volonté du législateur.

De fait, le législateur (au sens large) essaie d'appréhender l'avenir et d'exercer sur des faits futurs un certain impérialisme. La loi apparaît comme l'expression d'une volonté de soumettre telle catégorie de faits à une solution juridique déterminée. Le pouvoir judiciaire ne devrait être, dans un tel schéma d'organisation, qu'un serviteur du pouvoir législatif, alors même que l'exécutif dispose lui-même d'un pouvoir réglementaire. Cette distribution des tâches résulte des constitutions dont la France s'est dotée à la suite de la Révolution et, plus précisément pour ce qui concerne le domaine du réglementaire, depuis 1958. Limitons notre interrogation à ce champ déjà très large- de la France contemporaine.

5 - La question de la réalisation du droit dans ce cadre limité présente le premier intérêt d'être généralement... regardée comme sans intérêt ! C'est dans les zones délaissées que l'on peut espérer faire des trouvailles.

Le risque de rentrer bredouille est d'ailleurs faible car, bien que rares, d'importantes études, parmi lesquelles celles du doyen Carbonnier, ont mis en lumière des phénomènes de non-droit ou d'ineffectivité du droit, ou encore de déformations dénommées incidences. Il est certain, quand on y regarde de près, que la loi ne s'exécute pas toujours, ni toujours complètement. Il arrive que le germe contenu dans la règle de droit ne se développe pas et meure. Au-delà de ces observations, il convient de se demander si, en se réalisant, le droit ne subit pas des métamorphoses ou, comme diraient les botanistes, des

mutations. Si le législateur suivait les développements judiciaires de ses textes, les reconnaîtrait-il toujours dans les applications dont ils font l'objet ? Il suffit, pour pressentir une réponse nuancée, de se reporter aux discussions bien connues, relatives au rôle du juge dans la création de règles de droit. Qui contestera que le droit est le produit d'une dialectique, le juge disposant du pouvoir de corriger ou de compléter la loi ; et le législateur, celui de corriger, de compléter ou de briser la jurisprudence ?

6 - Le législateur et, dans une moindre mesure, le juge formeraient ainsi le couple créateur de droit. Tous deux s'occupent du même objet : le fait, le premier saisissant la réalité a priori, et l'autre, a posteriori. Dans cette perspective, le juge aurait à appliquer la règle à une matière inerte et neutre : le fait du sujet de droit, de l'assujetti. Fait prévu par la loi ; fait reconnu par le juge, lequel n'aurait plus qu'à lui appliquer les effets prévus par le droit.

Mais une telle vision du phénomène de la réalisation du droit n'est-elle pas réductrice de la réalité ? S'est-on bien interrogé sur ce qu'est le fait ? Le vrai est qu'avant d'appartenir au passé, ce fait a été vivant, présent, dans de nombreux cas consciemment provoqué et, parfois, calculé ou "*fabriqué*" afin de modifier la réalisation normale du droit. Il convient de voir derrière le fait une personne ou un groupe qui ne sont pas toujours seulement des sujets de droit mais, pourrait-on dire, de véritables acteurs, en ce sens qu'ils parviennent à agir sur la réalisation du droit, soit pour s'y soustraire, soit pour en modifier les effets. A la dialectique législateur-juge se substitue sans doute parfois une dialectique législateur-juge-sujet de droit. La question est de savoir : pourquoi, comment et dans quelle mesure, le fait humain réagit sur ou contre la règle de droit. Si, dans la réalisation du droit, le fait ne joue qu'une faible influence, alors cette réalisation est elle-même du droit. Dans le cas contraire, il conviendrait de se poser certaines questions.

L'on évoquera successivement :

- l'emprise du droit sur le fait (I) ;
- l'emprise du fait sur le droit (II).

I - L'EMPRISE DU DROIT SUR LE FAIT

7 - Il paraît évident que le législateur se préoccupe de régir des faits, généralement à venir, mais parfois présents ou passés (cas des lois rétroactives) ; tandis que, par la suite, le juge aura à s'occuper de ces mêmes faits, survenus entre-temps ou avant la création de la règle. Du fait de cette double intervention du législateur et du juge, le fait se trouve en quelque sorte encerclé et emprisonné dans un cadre juridique déterminé.

A - Appréhension du fait par le législateur

8 - L'intervention du législateur répond au besoin de modifier un état de fait. C'est une réaction au fait antérieur, destinée à modifier le fait à venir. La règle est toujours une projection dans l'avenir, à partir d'une expérience acquise au cours du passé. La démarche intellectuelle du législateur consiste à conceptualiser le fait antérieur pour attribuer certains effets juridiques à des faits semblables qui se produiront ultérieurement.

1° - La conceptualisation du fait

9 - Avant que le législateur n'intervienne, il n'existe pas de fait juridique, mais de simples faits individuels ou sociaux. La première tâche de celui qui prépare une loi, c'est de désigner parmi ces faits bruts ceux auxquels s'appliquera la nouvelle règle. Il s'agit d'une oeuvre d'abstraction et de généralisation (en ce sens, notamment Motulsky ; H. Batiffol).

Exemple d'abstraction : pour désigner les entreprises en difficultés, auxquelles doit s'appliquer une procédure collective, il convenait de définir la nature et le seuil des difficultés qui doivent entraîner l'intervention judiciaire et le dessaisissement du débiteur. Toutes sortes de possibilités s'offraient au législateur. La solution choisie concentre toute l'attention sur cette difficulté particulière qu'est la cessation des paiements. Au regard du droit de la faillite, difficultés = cessation des paiements, sans qu'on ait à s'arrêter à la moralité du débiteur, sa situation de famille, le nombre de ses salariés, etc... L'important est cette particularité extraite, c.-a.-d. abstraite, de la réalité globale de l'entreprise : l'arrêt du service de caisse (sous réserve des inflexions jurisprudentielles).

Exemple de généralisation : la détermination de l'âge de la majorité. L'aptitude aux actes de la vie juridique dépend des individus ; certains y parviennent très jeunes, d'autres plus tard, quelques-uns jamais. Cependant, par souci de simplification et de sécurité juridique, le législateur s'en tient, pour fixer à 18 ans l'âge d'acquisition de cette aptitude, au cas le plus général. Cet âge de la majorité vaudra pour tous, sous réserve des règles de protection propres aux incapables majeurs. On voit ainsi que la matière brute à laquelle seront attachés des effets juridiques, "*subit des déformations*" dues au "*mécanisme de la généralisation*" (Motulsky).

Conceptualisé, le fait social est réduit. La réalité juridique n'est qu'une partie de la réalité brute.

10 - Un second facteur de réduction doit être mentionné : c'est l'abstraction du temps et du contexte : le législateur fait comme si le fait à venir devait être la réplique exacte du fait passé. Ainsi est-il fait abstraction de l'évolution des faits. La conceptualisation du présent est projetée dans l'avenir. En ce domaine, l'essence précède l'existence... Il est vrai que, même dans un système prétorien (où le précédent n'est qu'une sorte d'expérience, à partir de laquelle l'avenir est appréhendé), l'on ne voit guère comment procéder autrement si l'on souhaite conserver un certain ordre social. Il n'en faut pas moins observer que la loi tend à pérenniser un certain type de faits, tandis que le temps lui fait subir une évolution plus ou moins rapide, plus ou moins prévisible.

Une fois le fait réduit, le législateur lui attache certains effets de droit.

2° - La juridicisation du fait

11 - Le fait conceptualisé est placé dans un faisceau juridique. La matière brute, le fait social qui, auparavant, échappait au droit -ou s'y trouvait soumis d'une certaine façon- va produire des effets juridiques -ou des effets juridiques nouveaux. Chaque fois que le fait visé se reproduira, les mêmes effets devront lui être attachés. Ces effets, définis d'avance, peuvent consister en des sanctions, en des récompenses ou en des prérogatives de toutes sortes. Peu importe ici leur nature. L'essentiel est que, dans tous les cas, le législateur s'occupe de soumettre l'avenir à des règles générales.

12 - L'avenir étant l'inconnu, la nuit, les autres, comment le législateur peut-il s'assurer que la règle nouvelle s'appliquera ? Il n'a évidemment pas les moyens de contrôler lui-même, du moins en permanence, la bonne application des textes. Il a donc besoin d'une aide, d'une assistance humaine, d'une intervention a posteriori. Chaque fois que le fait visé se produira et que les effets juridiques prévus ne seront pas spontanément appliqués, le recours au juge permettra la réalisation du droit par confrontation du fait virtuel et abstrait par la loi, au fait réel, individuel et concret survenu par la suite ; l'intervention judiciaire sera d'ailleurs toujours nécessaire en matière pénale.

B - Appréhension du fait par le juge

13 - Dans une vision dogmatique et post-révolutionnaire, le juge serait chargé -et exclusivement chargé- d'appliquer la règle de droit. Les juridictions étant des institutions, soumises à des règles précises (de procédure, de preuve, etc...), la réalisation du droit n'échapperait à aucun moment au droit. En vain objecterait-on que la réalisation du droit peut passer par la voie de l'arbitrage et même de l'amicable composition : car le régime de l'arbitrage est lui-même défini par des règles de droit, notamment quant au domaine de l'arbitrabilité, aux modes de déroulement de l'instance, etc... avec un contrôle judiciaire au stade de l'exequatur. La remarque vaut tout autant pour la transaction, laquelle est régie par le code civil. Aucune distinction ne doit être faite selon le mode de solution des difficultés relatives à la réalisation du droit.

14 - Plus intéressante est la description de la démarche du juge, caractérisée par le fameux syllogisme judiciaire. La méthode semble particulièrement bien adaptée à la réalisation du droit, car la tâche du juge, du moins dans la conception rigoriste sus-évoquée, est de comparer au fait conceptualisé par la loi le fait concret qui lui est soumis. Il appartient au juge, en effet, de rechercher si dans les faits du litige se trouvent les éléments dont le législateur avait auparavant fait autant de conditions à la production d'effets déterminés. Par exemple, pour l'application de l'article 1382 du code civil : s'il existe une faute, un préjudice et un lien de causalité.

En ce sens, un important auteur, qui fut aussi praticien, a dit que *"la réalisation du Droit ne pourra ...*

consister en rien d'autre qu'en la réintégration dans la règle de la réalité sociale dont elle est sortie et qui ... s'y trouve, en même temps, virtuellement contenue" (Motulsky). Pour faire image, la loi déshydraterait le fait, un peu à la manière d'un fabricant de pommes de terre en flocons ; et le juge, qui se trouve en présence du fait brut (d'une pomme de terre fraîche...), doit dire s'il correspond à la matière première du législateur-fabricant. On imagine aisément que cette question de correspondance donne lieu à de fréquentes discussions. Par exemple, à propos de la faute d'imprudance, doit-on considérer que la brutalité d'un rugbyman, constitue nécessairement un manquement à la prudence et qu'un **bonus pater familias** se serait abstenu de pratiquer ce sport ?

15 - La tâche est toujours délicate de comparer le fait conceptualisé au fait concret. Bien sûr, tout paraît simple dans la présentation classique du syllogisme judiciaire :

- * la loi a défini tels présupposés (ex. : faute) ;
- * les faits de l'espèce correspondent à ces présupposés ;
- * donc les effets juridiques attachés par la loi à ces présupposés doivent s'appliquer en l'espèce.

Mais une autre présentation paraît plus familière aux juges et, du moins en apparence, plus logique parce que plus complète dans sa majeure :

- * lorsque tels présupposés sont réunis, la loi produit tels effets ;
- * ces présupposés sont réunis en l'espèce ;
- * tels effets doivent donc se produire.

Cependant, comme l'a observé Motulsky, l'attention du juge risque alors d'être attirée davantage par les effets que par les présupposés ; l'on connaît le renversement du syllogisme, technique privilégiée des jugements d'équité :

- * tels effets sont souhaitables en l'espèce ;
- * telle loi permet d'atteindre ces effets ;
- * les présupposés de cette loi sont donc réunis en l'espèce... (de façon bien entendu fictive).

16 - Ce qui, dans une vision puriste, constitue indiscutablement un sophisme, n'en est pas moins d'un usage courant dans la pratique judiciaire. De bons auteurs approuvent ; par exemple, Demogue, pour qui *"la méthode scientifique ne consiste pas toujours à prendre le procédé du raisonnement le plus court : la déduction ; il est plus scientifique, dans la mesure où le droit peut être assimilé aux autres sciences, de prendre le plus long, le procédé d'examen d'utilité pratique, quand par là seulement on peut sauvegarder ... le classement respectif des intérêts"*. Il fut une époque où des auteurs prenaient ouvertement parti sur ce point, peut-être parce que la solution d'équité était moins entrée dans les moeurs judiciaires qu'aujourd'hui (Gény, Appleton, pour qui la méthode juridique devait être fondée sur une déduction tempérée ; **contra**, Motulsky : *"La découverte des termes du syllogisme juridique constitue l'objectif propre d'une réalisation méthodique du Droit"*).

17 - Au fond, le débat entre les partisans de la logique pure et ceux de *"l'examen d'utilité pratique"* n'est peut-être pas si réel qu'il paraît. Car il suffit, pour rendre les deux thèses cohérentes, d'introduire dans la discussion le facteur temps. Quand le législateur conceptualise et appréhende la réalité à venir, il fait un bond dans l'inconnu, ou du moins dans un inconnu relatif. Il a donc besoin, pour éviter de manquer la cible, d'un juge qui adapte la règle au moment de l'appliquer. Le juge n'est pas un simple contrôleur, mais (presque ?) un **alter ego**, qui intervient *a posteriori* pour conserver le droit vivant, présent au monde. Le juge adapte la règle à la mouvance de la matière brute : il restitue à la règle son esprit et, en cas de besoin, il lui en donne !

18 - Ainsi se trouve bouclée la boucle : le législateur était parti de la réalité passée et abstraite pour élaborer des solutions ; le juge part d'une réalité postérieure et concrète pour revenir vers la norme, au besoin en l'adaptant. Le fait se trouve encerclé par le droit. Le couple législateur-juge parvient à la fois à créer, à adapter et à réaliser le droit. Les parties ne font figure que de sujets, lesquels appartiennent au fait : ils ne seraient que des assujettis.

Une telle description correspond-elle à la réalité ? Pour le savoir, il convient maintenant de s'attacher au fait et, par conséquent, aux sujets de droit.

II - L'EMPRISE DU FAIT SUR LE DROIT

19 - Chaque fois que la règle de droit s'applique, on peut dire que la réalisation du droit est du droit. Peu importe à cet égard que la réalisation ait été spontanée ou qu'elle soit résultée d'une décision juridictionnelle. Mais il existe des cas où la règle ne s'exécute pas, ou encore où elle se réalise mal. L'impuissance totale ou relative de la loi entre-t-elle aussi dans le champ juridique ? Ou s'agit-il d'un phénomène que le droit ne parvient pas à saisir ?

A - Le droit paralysé par le fait

20 - Le phénomène a été étudié notamment par le doyen Carbonnier. Les faits résistent parfois au droit ; la matière peut résister à l'action juridique comme à la volonté politique. En effet, divers obstacles sont susceptibles d'entraver la réalisation de la loi. Cette situation n'est pas toujours dramatique. Que l'on songe :

- aux lois purement facultatives : une certaine liberté de choix doit être laissée aux particuliers quand l'ordre public n'est pas en jeu ;

- aux lois impératives qui n'ont jamais à s'appliquer mais, tout simplement parce que les interdictions qu'elles édictent sont spontanément respectées par chacun.

21 - Il est cependant d'autres cas où des lois impératives n'atteignent pas leur but ; où, impunément, elles ne sont pas respectées. De nombreux facteurs peuvent enrayer l'exécution de la règle ; par exemple :

- la "*perfection*" du crime ;
- le principe de l'appréciation de l'opportunité des poursuites par le Parquet ;
- le pouvoir de dérogation de l'administration ;
- les circulaires, dont l'efficacité est souvent très grande en pratique, notamment en matière fiscale ;

- les situations de force (le risque de conflit social par exemple) ;
- l'insolvabilité du titulaire d'un droit, qui l'empêche d'agir en justice ou de former un recours ;
- le besoin d'argent, qui pousse à une transaction désavantageuse ;
- l'ignorance du droit ou de la procédure : par exemple, l'inertie alors que la demande devrait être formée dans un certain délai, etc...

22 - Il est deux façons d'esquiver les problèmes posés par ces ratés de la réalisation du droit :

- dire que les facteurs de paralysie sont contenus dans le droit lui-même : ainsi, que le pouvoir de classement sans suite, la prescription, le pouvoir de dérogation, la transaction sont régis par le droit ;

- ou bien préciser que si le facteur de paralysie venait à disparaître, la règle de droit pourrait de nouveau être appliquée et qu'elle reste donc virtuellement applicable. En ce sens, le doyen Carbonnier considère que la désuétude de la règle n'existe pas à proprement parler. Il fait également observer que la vie sociale s'accorde d'un certain taux d'ineffectivité de la loi. Ce sont *"les déperditions de la machine juridique"* ; il existe un besoin social de ne pas faire une application rigide de la règle, comme il existe des *"intérêts antagonistes : la propension au compromis, l'indulgence, et même la recherche du moindre effort, qui inclinent les règles de droit à l'ineffectivité tout aussi naturelle"*.

23 - Cette dédramatisation de l'ineffectivité de la règle est justifiée. Mais il reste préoccupant d'observer que, dans la soustraction au droit règne une inégalité certaine et, à certains égards, choquante. Qui bénéficie du classement sans suite ? Des dérogations administratives, ect... ? Si on pouvait répondre : chacun, dans telle limite, la justice y trouverait son compte. Mais si, comme cela se pratique en matière fiscale, les poursuites sont réservées, outre aux fraudeurs les plus excessifs, à ceux dont la condamnation sera la plus exemplaire, ou ... la plus opportune, alors, comment se satisfaire d'une ineffectivité qui devient, pourrait-on dire, par euphémisme, relativement sélective ? Des événements récents ont montré

au grand public cette sélectivité, concernant des délits d'exportation illicite de capitaux. Les études sociologiques ne sont pas suffisantes pour nous rassurer. Dans le cadre de leur science, les sociologues s'interdisent -ce en quoi ils ont raison- de porter des jugements de valeur. Mais il nous appartient, à partir de leurs observations, d'apprécier ce qui, dans les rapports sociaux, apparaît juste ou souhaitable et ce qui apparaît nocif ou pernicieux. Si la sociologie juridique permet d'informer de ce qui est, il reste à s'interroger sur la **justice** de ce qui est. Or, les conclusions fournies par les sociologues ne se prêtent qu'assez mal à de tels jugements. Leur science ne fournit en effet pour éléments de réflexion que des statistiques, pour l'essentiel. Il nous est dit par exemple, quel est le taux d'ineffectivité de la loi dans tel domaine (sous réserve d'une marge d'erreur plus ou moins importante). Mais comment juger, à partir de là, les conséquences de l'ineffectivité ; comment en apprécier les causes, Certes, il est bon que le phénomène de l'ineffectivité soit présenté comme inévitable, voire souhaitable. Toutefois, il n'est pas moins nécessaire de dire **quand** une telle ineffectivité est admissible, et **quand** elle ne l'est pas. L'acceptation ou la tolérance de l'ineffectivité n'est pas toujours opportune : il peut être important de savoir si certains "*sujets*" de droit ne sont pas plus aptes que d'autres à échapper au droit. On touche là au problème de la généralité de la norme et de l'égalité entre les individus.

24 - Les cas de soustraction complète à la règle sont évidemment difficiles à quantifier, le fraudeur étant naturellement enclin à la dissimulation. Prenons pour exemple les conclusions annuelles publiées par le C.E.R.C. (Centre d'études des revenus et des coûts). Les auteurs de ces études tentent d'établir des taux moyens d'évasion fiscale, profession par profession. Exemple : telle profession libérale frauderait à concurrence de 40 % de ses revenus. Mais comment croire à l'exactitude de telles conclusions ? La fraude est si diverse et si cachée que les investigations sont nécessairement approximatives. Et si ces conclusions sont tirées des résultats moyens des redressements, il faut préciser que la plupart des contrôles concernent des membres *a priori* suspects de la profession. Sans parler du discrédit porté sur les professionnels honnêtes -il doit y en avoir- la détermination

de taux d'ineffectivité apparaît inévitablement inexacte. La seule constatation certaine, c'est que la plupart des lois ne s'appliquent pas toujours, les plus habiles ayant des chances plus grandes de réussir à s'y soustraire.

Mais cette constatation ne fournit qu'une réponse partielle aux questions posées. Il n'est pas moins important de savoir s'il existe des cas où les "*sujets*" de droit parviennent à modifier à leur profit la réalisation du droit, en faisant produire à la règle des effets différents de ceux prévus par le législateur.

B - Le droit métamorphosé par le fait

25 - Dans bien des cas, chercher à se soustraire purement et simplement à la règle relève de la naïveté. Le fraudeur encourt des sanctions importantes. Il peut être plus efficace, car moins risqué, d'essayer d'agir sur le droit, sans s'y soustraire complètement ni le subir passivement. Le problème est de savoir dans quelle mesure le sujet de droit peut parvenir à modifier le droit et se transformer de simple sujet en acteur. Deux procédés s'offrent à celui qui réagit ainsi au droit : soit transfigurer le fait juridique ; soit transformer les effets d'une situation juridique. Donnons- en quelques illustrations.

1° - La transfiguration du fait juridique

26 - L'approche du phénomène exige une démarche psychologique. L'expérience judiciaire enseigne que ce qui attire la sympathie joue un rôle souvent déterminant dans la réalisation du droit. Les avocats savent l'importance du "*climat*" d'une affaire. Les apparences de bonne foi, d'honnêteté, de franchise, constituent autant d'atouts dans le dénouement judiciaire d'un litige. Pour augmenter ses chances dans la réalisation du droit, il faut donc avoir l'air de bonne foi, honnête et franc ; or, c'est parfois ceux qui ne réunissent aucune de ces qualités qui excellent à paraître les avoir ! Prenons l'exemple de deux entrepreneurs en litige à propos de l'exécution de certains travaux : l'un prend prétexte de retards pour retenir des paiements, il écrit des lettres sévères mais, dans le même temps, il rassure son partenaire au cours d'entretiens divers, disant par exemple que l'auteur des courriers est l'un de ses salariés et que l'affaire va s'ar-

ranger. Au bout de quelque temps, l'un dispose d'un dossier copieux, composé de lettres de mise en demeure et de "*confirmations*" diverses, tandis que l'autre, trop confiant, n'a aucune trace des propos conciliateurs de son adversaire. Le premier aura, par cette ruse, beaucoup plus de chances de triompher en justice dans ses prétentions, la négligence et la mauvaise foi de l'autre partie paraissant résulter parallèlement de son mutisme.

27 - Si la sympathie éprouvée par le juge à l'égard d'une partie et de sa cause joue un rôle, il en va de même de la sympathie pour les conseils, notamment pour l'avocat ; il est vrai cependant que sur ce point, la crédibilité de l'auxiliaire de justice dépend de son comportement au cours de toute une série de procès et qu'il paraît beaucoup plus difficile d'usurper l'apparence de l'intégrité morale.

La réalisation du droit comporte donc une part d'affectivité ou d'irrationnel. Ce phénomène est récupérable et utilisable, dans l'art de préparer un contentieux et de présenter, au stade du procès, le dossier soumis au juge. Celui-ci est inévitablement contraint de statuer sur des apparences, sur des reconstitutions ou **des images de la réalité**, qui ne peuvent être entièrement fidèles à celle-ci.

2° - La transformation des effets juridiques

28 - Puisque le juge participe à l'adaptation de la règle de droit et, dans une certaine mesure, à son élaboration, il peut être habile de se servir de l'instance judiciaire pour obtenir une jurisprudence. Certes, celle-ci est l'oeuvre du juge, comme la loi est l'oeuvre du législateur. Mais à une nuance près : c'est que le cas soumis au juge est présenté par les parties elles-mêmes. Or, certaines d'entre elles sont mieux placées que d'autres pour peser sur la jurisprudence : il s'agit généralement de grands organismes (entreprises importantes, publiques ou privées, syndicats, etc...) qui ont les moyens, à l'occasion de litiges répétitifs, d'attendre l'occasion favorable pour obtenir la jurisprudence souhaitée : il suffira, pour mettre le plus grand nombre de chances de son côté, de transiger ou de se soumettre aux jugements de condamnation rendus par les juridictions de première instance tant que les

faits paraissent, en équité, favorables aux adversaires ; et, lorsqu'une affaire du même type se présente avec un adversaire de mauvaise foi ou d'apparence antipathique, de pousser le procès jusqu'en Cour de cassation. L'arrêt de principe ainsi obtenu pourra être utilisé comme précédent dans les affaires ultérieures.

Tout n'est pas, en pratique, aussi facile qu'il pourrait paraître : il n'est jamais sûr, même quand le dossier se présente bien, que la juridiction suprême suivra l'argumentation du plaideur habile. En outre, certaines personnes morales sont, malgré la puissance de leurs moyens, en position de faiblesse devant les juridictions : par exemple, les compagnies d'assurances qui ont la réputation d'être des plaideurs invétérés bien que le nombre des transactions qu'elles concluent dépasse de très loin celui de leurs procès.

29 - Une autre manière d'agir sur la jurisprudence consiste à utiliser des usages que l'on a soi-même contribué à créer. Car une profession peut parvenir à imposer des usages à sa clientèle. L'exemple des banques semble significatif : la jurisprudence a admis, en vertu d'usages, l'exclusion de la prohibition de l'anatocisme en matière de comptes courant ; de même que le système des dates de valeur ou certains modes de calcul du T.E.G. (taux effectif global) en matière de prêts. Or, en pratique, ces usages ont été élaborés unilatéralement par les établissements bancaires et financiers et à leur seul avantage.

30 - A travers ces quelques exemples, on discerne que les parties peuvent être de véritables "*acteurs de droit*" et participer à l'action dialectique apparemment réservée au législateur et au juge. Il arrive à cet égard que les plus influents soient les plus puissants par leur importance économique. Gardons-nous cependant de simplifications hâtives : de nos jours, la puissance économique peut constituer un lourd handicap devant les juridictions. Disons que les organismes dotés de services juridiques importants ont davantage de chances de faire triompher leurs prétentions que s'ils se contentaient de subir le droit. Ce sont des sujets-acteurs. Mais certains particuliers peuvent, grâce à leur compétence personnelle ou à celle de leurs conseils, agir tout autant sur le procès, avec cet avantage psychologique considérable que leur confère aux yeux du juge une apparente faiblesse !

CONCLUSION

31 - La réalisation du droit dépend donc d'interactions, plus complexes qu'on ne pourrait le penser au premier abord. La loi n'est pas simplement appliquée par le juge : elle est au besoin adaptée. Le droit n'est pas simplement subi par le sujet : il est éventuellement utilisé par ce dernier et soumis à des pressions déformantes. Les modifications susceptibles d'être apportées à la loi au cours de sa réalisation vont inciter le législateur à réintervenir pour imposer sa solution, généralement différente de la règle initiale. Par un effet de spirale, les réactions des juges et des sujets-acteurs se feront ainsi plus rapides et plus fortes. L'on assiste de nos jours à l'accélération constante de ce mouvement dialectique. Il paraît difficile de renverser la tendance, dont les défauts ont à juste titre été dénoncés. En effet, les plus habiles des sujets de droit trouvent aliment à leurs prétentions dans des lois éphémères, accumulées les unes aux autres, un peu n'importe comment, et dont le juge a du mal à retrouver l'esprit. Plus vite les lois se succèdent, plus grandes sont les chances pour les sujets-acteurs de peser sur les solutions juridiques.

Doit-on, face à une telle évolution, se retrancher dans un scepticisme voltairien ? Ou considérer, avec plus d'optimisme, que si les lois se succèdent à pareil rythme sans provoquer de véritables rejets dans le corps social, c'est parce que celui-ci est devenu plus apte à digérer l'accumulation incessante des règles, signe d'un progrès culturel ? Celui-ci nous paraît indiscutable. Mais l'on aimerait être sûr qu'il s'accompagne d'un progrès de la justice. Il n'existe à cet égard aucune recette miraculeuse. La justice (celle à laquelle la majuscule peut convenir) dépend d'un effort quotidien, tendant en permanence à maintenir les solutions juridiques en vue :

- 1) des nécessités (la règle) ;
- 2) des faits (la "vérité") ;
- 3) de la finalité du droit (l'esprit des "lois" et les principes généraux du droit).

La réalisation du droit, quand elle répond à ces trois impératifs, n'est étrangère ni au droit, ni à l'essentiel. Quotidienne sans doute ; mais pour cela précisément,

plus importante qu'une pure idéalisation. Une philosophie du droit hors du quotidien est une philosophie coupée du temps et de la réalité. L'important est de réfléchir à ce qui se fait ou à ce qui peut se faire. Dans cette mesure, la philosophie trouve sa place dans la réalisation du droit. Elle rappelle au praticien, comme à l'universitaire, que la réalisation du droit, ce n'est pas une réduction de la règle, mais une tentative permanente de la transcender pour qu'elle devienne du Droit.

DROITS DE L'HOMME OU DROIT DE ROME ? (*)

Par Stéphane RIALS

Professeur agrégé des Facultés de Droit(à propos de l'ouvrage de
Michel VILLEY :**"Le droit et les droits de l'homme**

P.U.F., "Questions", coll. dirig.

par B. BARRET-KRIEGEL, 78 F, 169 p.)

Les droits de l'homme sont l'une des formules incantatoires du discours politique contemporain. Personne n'oserait s'en dire l'adversaire. Mais bien peu s'essaient à en comprendre la signification. Pourtant, la prolifération des droits subjectifs revendiqués aujourd'hui -droit au soleil, à la libre disposition de son corps, à la sexualité de son choix, à la jouissance...-, l'imprudence de certaines formules politiques ("*Changer la vie*", disaient les socialistes) initient à l'idée qu'il y a peut-être quelque chose de pourri au royaume des concepts politiques.

Le propos du professeur VILLEY est d'élaborer -avec une érudition corrosive- la généalogie de cette énorme machinerie subversive baptisée "*droits de l'homme*". Il démontre avec subtilité qu'il y a à cet égard une ligne de crête dans l'histoire de la culture occidentale, entre la fin du Moyen-Age et le début de l'époque classique : "*En arrière vous avez le **droit**, et au devant les **droits de l'homme***".

(*) Le Figaro du 27 juin 1983.

MESURE ET RAPPORT

Le droit est une invention de la Rome classique. Rome l'a découvert et nous l'avons perdu. La Grèce, conquérant intellectuellement son vainqueur, lui avait légué deux outils : la philosophie, principalement celle d'Aristote ; et un modèle de travail, l'idée que, dans tous les domaines, il est possible et souhaitable de développer un "art", c'est-à-dire d'organiser les connaissances en vue d'applications pratiques.

Cicéron pouvait ainsi livrer au milieu du premier siècle avant notre ère cette définition de droit : "*Le service d'une juste proportion dans le partage des biens et les procès des citoyens*". Sans entrer dans le détail de chaque mot à la suite de M. VILLEY, retenons que pour la Rome classique, le droit est **connaissance, mesure et rapport**. Et qu'il doit être administré par un tiers désintéressé, essentiellement le juge. Le droit n'est pas revendication subjective de tout et n'importe quoi. Il n'est même pas un ordre émanant du souverain. Il est découverte subtile, patiente, délicate, de la proportion entre la quantité de choses distribuées et les qualités diverses des personnes, et -dans l'échange- entre les prestations réciproques. Le droit, c'est la réalisation d'une justice définie classiquement comme **jus suum cuique tribuere** - attribuer à chacun son droit. Avec pour guide la **prudence** -d'où le mot jurisprudence-, cette disposition pratique concernant la règle du choix non pas entre un bien et un mal absolus, mais entre un bien et un mal relatifs et concrets pour l'homme (1). Point de grande formule pour cela. Mais le sens du **juste milieu**, l'opinion du juge éclairée par la controverse dialectique -au sens d'Aristote et non de Hegel-, par la délibération sur le contingent (2). Non illusoire perfection ou idéal désincarné, mais simple et modeste volonté d'adéquation au réel.

LA CONSIDERATION DE SOI

Certes, l'homme existait pour les anciens. Seul pourvu du **logos**, c'est-à-dire tout à la fois de la parole, de la raison et de la capacité de choisir, sa dignité était jugée éminente. Et l'auteur n'a pas grand mal à démontrer que l'on impute à l'esclavage antique des raisons qui n'étaient pas les siennes.

(1) Voir Aubenque, *La Prudence chez Aristote*, 1963.

(2) Sur ces questions, voir les riches travaux de M. Perelman.

Ce qui était radicalement étranger à l'esprit du droit romain, c'était l'idée de calculer pour chacun ses droits sur la "*considération narcissique*" de soi-même et de soi seul. Pour la Rome antique, pas de droits subjectifs, pas non plus de droits identiques pour tous les hommes, et pas davantage de droits universels sans égard au réel. Et ces notions -contrairement à ce que l'on prétend trop souvent aujourd'hui- elles ne nous viennent pas davantage de l'autre face de la romanité, le christianisme. Il faut suivre Saint Thomas avec M. VILLEY pour s'en persuader. Certes, la contestation du réalisme naîtra dans l'Eglise avec Guillaume d'OCCAM. Mais sa postérité aura vite fait de laïciser le combat. C'est du nominalisme d'OCCAM, en effet -affirmation que les idées sont dépourvues de réalité, qu'elles sont de simples mots, de simples "*noms*"- qu'est sortie *via* Hobbes toute la philosophie moderne des droits de l'homme. Plus d'ordre des choses : des êtres irréductibles. Plus de rapports : des individus. Plus "*d'universaux*" - d'idées générales dotées de réalité : de simples jugements subjectifs. Dès lors, plus de communication réelle possible ni des hommes entre eux ni des hommes avec le monde. Et un monde qui n'a pas un sens extérieur à celui que les hommes lui attribuent. Et surtout, pour ce qui nous occupe, plus de droit : des droits subjectifs, les droits de l'homme. "*S'il n'est pas d'ordre régissant les rapports entre individus, écrit M. VILLEY, si la cité elle-même n'est point une réalité, perd toute sa raison d'être une science dont le propos soit la saisie directe de ces rapports sociaux. L'art de la recherche du juste au sein de la réalité, qu'avait été l'art romain de la jurisprudence, devient sans objet*". La volonté remplace l'ordre préexistant. Le droit ne se connaît plus : il se **construit** ou s'**exige**. L'histoire bascule.

TOTALITARISME OU ANARCHIE

Michel VILLEY s'attache surtout à brosser le tableau synthétique de la première phase de cette révolution mentale majeure. Il souligne le paradoxe de l'école du droit naturel de l'époque classique. Elle ne fonde plus le droit sur la nature de la cité mais sur la nature de l'homme. Pourtant, si elle avait été cohérente, elle aurait dû refuser toute réalité à cette seconde idée générale... Quoi qu'il en soit, cette première phase va voir s'imposer le culte de la loi. Le processus d'élaboration variera selon que le souverain sera le monarque de Hobbes ou le peuple

de Rousseau. Mais il appartiendra à une **volonté** de dire ce qui est bon pour l'homme. C'est le totalitarisme du bonheur obligatoire et par décrets au lieu de l'acceptation de la complexité du réel. Et à terme, l'hôpital psychiatrique pour ceux qui ne se reconnaissent pas dans cette volonté qu'on leur tend comme un miroir.

Mais il y a une seconde phase dont on regrette que l'auteur ne lui consacre pas de plus amples développements. Elle est beaucoup plus cohérente par rapport aux prémisses du nominalisme. C'est elle que nous vivons. L'homme en général n'existe plus du tout. Le conflit des intérêts subjectifs est poussé à son paroxysme. Il n'y a rien à opposer à l'idée du droit que chacun revendique. L'on passe des droits subjectifs encore universalisables de la déclaration des droits de l'homme au chaos résultant de l'affirmation pour chacun de ses droits illimités sans prise en considération du groupe.

Totalitarisme d'un "*bonheur*" uniformisé et imposé ou anarchie d'un "*bonheur*" revendiqué contre la cité, voilà l'alternative terrifiante de l'époque. Voilà le produit de l'invention des droits de l'homme contre la quête d'un droit pour l'homme.

Ce livre est "*filialement*" dédié au Saint-Père. Il veut lui dire -et nous dire- que les droits de l'homme qui n'ont rien à voir avec la reconnaissance de l'éminente dignité des créatures du Seigneur- sont une arme à subvertir le monde. Et que placer au premier plan leur problématique -ce à quoi s'étaient refusés tous les papes jusqu'à Pie XII- est peut-être plus qu'une approximation de vocabulaire : une faute.

N.B. : Ce texte a déjà paru dans le dernier numéro de cette revue (83-2), mais avec des imperfections typographiques dont nous prions l'auteur de bien vouloir nous pardonner.

M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*,
P.U.F. Questions, 1983, 169 p.

TABLE DES MATIERES

- 1 - La question des droits de l'homme
- 2 - Raisons et moyens d'une étude critique du langage des droits de l'homme
- 3 - Retour au bercail
- 4 - Une découverte d'Aristote
- 5 - Qu'est le droit dans la tradition d'origine romaine ?
- 6 - Le "Droit subjectif" et la science juridique romaine
- 7 - Sur l'inexistence des droits de l'homme dans l'Antiquité
- 8 - Le catholicisme et les droits de l'homme
- 9 - Naissance et prolifération des droits de l'homme au XVIII^e siècle
- 10 - Epilogue : le XX^e siècle

Annexe I - Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789)

Annexe II - Déclaration universelle (1948)

CES "PAUVRES RICHES" QUE NOUS SOMMES :

Frère Daniel BOURGEOIS

Communauté Saint Jean de Malte

La rédaction de la Revue de la Recherche Juridique est particulièrement honorée de pouvoir publier une réflexion, d'une qualité incomparable, sur le thème de la vraie richesse et de la vraie pauvreté, de l'indifférence aveugle -la "fermeture du coeur"- et de la fragilité profonde -la "blessure du coeur"-. Nous tenons à dire au Frère Daniel BOURGEOIS toute notre reconnaissance. L'utilité de ce texte pour la philosophie du droit n'échappera à personne, tant il est vrai qu'il éclaire "la situation de l'homme dans le monde" et qu'il aide à pressentir les limites ou les frontières du droit. Quant aux juristes, ils trouveront certainement intérêt à avoir sous les yeux un bel exercice d'interprétation.

*
* * *

EVANGILE selon SAINT-LUC 17, 5-10 (1)

Le mauvais riche et le pauvre Lazare.

"Il y avait un homme riche qui s'habillait de pourpre et de lin fin et qui chaque jour faisait brillante chère. Et un pauvre, du nom de Lazare, gisait près de son portail, tout couvert d'ulcères. Il aurait bien voulu se rassasier de ce qui tombait de la table du riche... Bien plus, les chiens eux-mêmes venaient lécher ses ulcères. Or le pauvre mourut et fut emporté par les anges dans le sein d'Abraham. Le riche mourut, et on l'enterra.

(1) La Sainte Bible traduite en français sous la direction de l'Ecole Biblique de Jérusalem. Les éditions du Cerf, Paris, 1956.

"Dans le séjour des morts, en proie aux tourments, il leva les yeux et vit de loin Abraham et Lazare en son sein. Alors il s'écria : "Père Abraham, aie pitié de moi et envoie Lazare tremper dans l'eau le bout de son doigt pour me rafraîchir la langue, car je suis à la torture dans ces flammes". - "Mon enfant, répondit Abraham, souviens-toi que tu as reçu tes biens pendant ta vie, et Lazare pareillement ses maux ; maintenant donc il trouve ici consolation, et toi, tu es à la torture. Ce n'est pas tout : entre vous et nous a été fixé un grand abîme, pour que ceux qui voudraient passer d'ici chez vous ne le puissent, et qu'on ne traverse pas non plus de là-bas chez nous."

"Le riche répliqua : "Je te prie donc, père, d'envoyer Lazare dans la maison de mon père, car j'ai cinq frères : qu'il leur fasse la leçon, de peur qu'ils ne viennent, eux aussi, dans ce lieu de tourments." Et Abraham de répondre : "Ils ont Moïse et les Prophètes ; qu'ils les écoutent." - "Non, père Abraham, dit le riche, mais si quelqu'un de chez les morts va les trouver, ils se repentiront." Mais Abraham lui dit : "Du moment qu'ils n'écoutent ni Moïse ni les Prophètes, même si quelqu'un ressuscite d'entre les morts, ils ne seront pas convaincus"."

*
* * *

Entre nous, cette parabole est un peu démodée, cette image d'Épinal du riche ventru, bouffi dans sa graisse, et qui s'enrichit sans aucun souci pour son entourage, un tel personnage n'existe pratiquement plus, sinon dans quelque caricature ou propagande politique. Et cette image du pauvre écrasé, assis devant la porte du riche et résigné à sa pauvreté n'est plus de mode, cela non plus : nous voyons bien que de nos jours, les pauvres qui existent encore très nombreux, prennent conscience de leur pauvreté et ne vont plus s'asseoir devant le portail de la maison des riches, mais qu'ils revendiquent et se révoltent au nom d'une certaine idée de leur liberté ou de leur dignité. Si Jésus revenait, pour sûr, il ne nous raconterait plus une histoire comme celle du mauvais riche et du pauvre Lazare ! Il serait obligé de remettre à jour sa doctrine sociale et ses conceptions sur les rapports économiques à l'intérieur de la société pour éviter ce procédé un peu trop caricatural ! Et d'ailleurs, quand

on y songe, il y a longtemps que notre société moderne, "*l'Etat moderne*" a résolu le problème. Dans notre monde, dans notre France où nous avons inventé ce merveilleux système de la fiscalité et de l'impôt, on prélève immédiatement sur le revenu des "*riches*" pour le répartir entre les "*pauvres*", on instaure un système généralisé de "*bien-faisance*" et d'"*assistance*" ; Ainsi on évite cette dualité sociale que suppose la parabole de l'Evangile. Il n'y a plus de mauvais riche, puisque, plus on est riche, plus on paie, et qu'ainsi progressivement l'égalité va se faire. Alors, c'est bien connu, les français se plaignent toujours, mais en réalité, si l'on en croit la parabole, plus nous payons d'impôts, plus en réalité nous recevons des "*tickets de paradis*" pour aller dans le sein d'Abraham. Alors de quoi nous plaignons-nous ?

Il faudrait cependant savoir si c'est le sens réel de la parabole, si la richesse et la pauvreté qui sont ainsi opposées dans la parabole du riche et du pauvre Lazare signifient tout simplement la nécessité d'un certain égalitarisme dans la richesse, le fait de niveler les revenus et les besoins de tous les membres d'une société. Il est curieux de constater que dans le sein d'Abraham, le pauvre ne devienne pas riche. Contrairement à ce que nous pourrions penser, cette parabole ne vise pas à proposer un système compensatoire. Ce ne sont pas les pauvres qui s'enrichissent ou les riches qui s'appauvrissent ; la rétribution de "*l'autre côté*" -si tant est qu'il y ait rétribution- ne se fait pas en espèces, en argent ou en augmentation des revenus, elle se fait en bonheur, en malheur, en joies et en souffrances : ainsi il faut bien reconnaître que l'un et l'autre reçoivent largement la "*monnaie de leur pièce*". Cela constitue déjà un indice pour nous faire pressentir que la parabole ne signifie pas immédiatement : "*Ah ! si la vie est difficile pour vous sur la terre, tant mieux ! Plus vous en souffrez sur cette terre, plus vous serez heureux de l'autre côté*". Et, vis-à-vis du riche -comme le dit la sagesse populaire- "*vous ne l'emporterez pas en paradis*". Ce n'est pas aussi simple, car le dialogue entre Abraham et le riche ne porte pas uniquement sur cette affaire de compensation, d'échange, de revanche ou de ressentiment. Si la morale chrétienne n'était fondée que sur le ressentiment, je ne sais pas si elle serait vraiment digne de confiance. Car, après tout, comment mesurer uniquement le salut éternel et la joie d'être auprès de Dieu, simplement sur la monnaie dont on aura été riche

ou pauvre sur cette terre. Et s'il suffisait simplement d'établir -comme c'est le cas précisément pour les impôts- que ceux qui ont un revenu supérieur à tant iront nécessairement dans les enfers, et que les autres, parce qu'ils ne sont pas imposables, iront dans le sein d'Abraham, il suffirait alors d'encourager un mouvement général de paupérisation économique et de dégénérescence de la société tout entière, pour que *"nous allions tous en paradis"* ! En réalité, le problème est plus subtil et plus complexe. Et je vous propose d'y réfléchir en évitant cette dualité, cette attitude manichéenne que nous avons tendance à instaurer : il y a des riches, il y a des pauvres. Il y a des *"Lazare"*, il y a des gens qui se remplissent les poches. Mais plus tard, par un coup de baguette magique du jugement de Dieu, la situation sera totalement inversée.

Généralement les paraboles nous présentent des personnages qui ont une valeur de signification complexe, et je pense que dans cette parabole, c'est bien le cas. Si l'on y réfléchit, nous sommes **tous à la fois** le mauvais riche et le pauvre Lazare. Nous sommes tous à la fois, au plus intime de notre coeur et dans notre comportement le plus quotidien, des gens qui sont riches, c'est-à-dire capables de mener leur vie, à certains moments, dans une indifférence redoutable vis-à-vis de ce qui se passe à leur porte. Nous sommes des gens riches au sens où nous sommes capables de fermer notre coeur et de dire à l'autre : *"non je ne veux pas envisager ni reconnaître ta présence"*. Cette richesse, c'est d'abord cette fermeture de notre coeur, à la fois par peur, et par désir de chercher je ne sais quelle fausse sécurité, par souci de ne pas compromettre et de ne pas vouloir accepter que la présence de l'autre puisse faire irruption dans notre coeur. Une telle attitude ne se remarque pas simplement à notre refus de donner l'aumône, elle touche à des profondeurs de notre coeur que la plupart du temps, nous ne soupçonnons pas, car le vice profond de notre richesse consiste à nous fermer les yeux sur ce qui est notre grande faille et notre grande faiblesse : la fermeture de notre coeur.

Et, heureusement, -il faut bien le dire- il y a une part de nous-mêmes qui est une *"part du pauvre"*, il y a en nous, heureusement, un *"Lazare"* qui est assis à la porte : à la porte des autres, parce que nous avons besoin d'être aimés, à la porte de Dieu parce que nous pressentons dans notre coeur je ne sais quelle quête d'ab-

solu. Il y a un pauvre qui demande sans cesse parce qu'il a été blessé, parce qu'il a besoin d'être soutenu dans sa pauvreté. Il y a un pauvre qui, à l'occasion, est terriblement lucide sur sa pauvreté, sachant qu'à tel endroit de son coeur, il y a eu telle ou telle blessure qui l'empêche aujourd'hui de marcher normalement vers son Dieu. Il y a un pauvre qui meurt de désir et d'ouverture de son coeur à la présence de Dieu, à la présence des autres. Heureusement pour nous. Pourquoi parce que ce pauvre-là ira tout droit en paradis. Lorsque nous paraîtrons devant Dieu, ce sont sans doute les plus grandes failles de nous-mêmes, les plus grandes pauvretés qui nous éveilleront au sens de la tendresse et de la miséricorde de Dieu. Quand nous paraîtrons devant le Seigneur, c'est cette parole la plus démunie de nous-mêmes et la plus pauvre qui nous aura déjà préparés à rencontrer le mystère de Dieu et nous nous écrirons : *"Ah ! j'avais tellement envie de cet Amour et j'avais de la peine à y croire ; mais maintenant que je le rencontre, c'est là sûrement ce que j'avais cherché toute ma vie"*. Voilà pourquoi le pauvre entre directement dans le sein d'Abraham : parce que par toutes les blessures de son être, par tous ces ulcères qui sont les blessures les plus intimes de sa chair et de son coeur, comme une lèpre qui le rongait, à travers ces failles s'était éveillée le sens de la fragilité fondamentale de son existence, et quand il rencontre l'absolu de l'Amour et de la tendresse de Dieu, son coeur ne résiste pas à la joie d'être aimé. C'est par là que nous serons sauvés. Il y a là en nous un fond de pauvreté, un geste des mains dépourvues de tout, un cri qui sans cesse monte vers Dieu et vers les autres. Même si, apparemment, nous sommes remplis et replets, même si nous passons la plupart du temps de notre existence à cacher ces blessures au regard d'autrui, à cultiver une apparence extérieure parfaitement auto-suffisante, nous savons bien que c'est un mensonge, nous savons bien qu'en réalité nous crions vers Dieu. Voilà ce que nous ne devons pas laisser taire en nous, cette fragilité profonde qui, en même temps qu'elle nous ouvre à Dieu, nous ouvrira peut-être progressivement au mystère de la présence du prochain et nous fera peut-être enfin comprendre le cri de notre frère à nos côtés, ce frère qui crie de la même manière, qui est affligé de la même blessure, et vis-à-vis duquel nous pourrions être des témoins de la miséricorde et de la tendresse surabondante du coeur de Dieu.

Mais il reste en nous cette autre part terriblement fermée, cette part du riche qui est rebelle, et ne se laisse pas ouvrir à l'expérience de sa pauvreté et de son désir de Dieu, qui ne se laisse pas ouvrir à la détresse qui est à notre porte, dans le coeur de notre frère. Cette part redoutable de nous-mêmes qui consiste à nous mentir à nous-mêmes et aux autres, à bâtir ces illusions de châteaux dans lesquels nous espérons trouver un bonheur de luxe et une auto-suffisance qui ne tiendront jamais car ces décors en trompe-l'oeil qui donnent l'illusion de vivre, nous ne les emporterons pas en paradis, c'est bien la vérité... Mais alors, comment fissurer cette espèce de carapace ? Comment la briser ? A cette question Abraham répond à la fin de l'entretien avec le riche perdu dans les enfers qui lui demande : *"Seigneur, envoie le pauvre Lazare avertir mes cinq frères, car ils sont aussi riches et endurcis que moi et ils ne comprennent rien à la vie"*. Et Abraham répond : *"ils ont la loi et les prophètes, ils ont les Ecritures. Si quelqu'un ressuscite d'entre les morts, si on leur accorde je ne sais quel prodige spectaculaire 'de revenants' cela ne servira à rien"*.

Nous sommes aujourd'hui dans la même situation. Si Dieu nous a donné les Ecritures, c'est pour qu'elles brisent cette carapace de richesse par laquelle nous essayons de nous sécuriser nous-mêmes. Si la Parole de Dieu, à tout moment, nous fait mal et nous blesse tant mieux, laissons la agir, n'essayons pas de nous endurcir davantage et laissons la couler en nous, en veillant à ce que notre coeur devienne perméable à cette présence, à cette question et à cette interrogation que nous impose la Parole de Dieu. Ainsi pour entrer dans le Royaume de Dieu, tout homme a à sa disposition un double registre de conversion : tout d'abord l'expérience de sa propre pauvreté : c'est dans la mesure où chacun d'entre-nous accepte d'être un pauvre devant Dieu et devant ses frères que, réellement et concrètement, il accomplit cette reconnaissance de la faiblesse et de la fragilité qui ouvrent au Royaume : dans ce registre, il n'est pas besoin de parole, Dieu parle directement par et dans la blessure et la fragilité de notre coeur. Toute expérience **vraie** de pauvreté humaine est déjà révélation et Parole de Dieu. Mais en même temps -et nous avons la chance inouïe d'avoir reçu cette grâce- Dieu nous a donné aussi sa Parole pour venir briser en nous toutes les fausses

carapaces de richesse que nous aurions pu nous fabriquer pour être vulnérable et vivre retranchés dans une fausse sécurité.

Toute l'aventure humaine, toute l'aventure chrétienne et baptismale est une aventure de pauvreté et de richesse, une pauvreté que nous vivons au jour le jour, ou que nous devrions vivre comme cette blessure de notre être dans son désir de rencontrer Dieu ; elle est en même temps cette aventure du combat spirituel dans lequel nous avons à utiliser la Parole de Dieu, la Loi et les Prophètes, le précepte de l'Amour de Dieu et de l'amour du prochain. Car la révélation du Dieu vivant vient à nous comme un produit acide et corrosif qui attaque et qui brise toutes les fausses défenses que nous avons pu nous constituer.

Celui qui reçoit le sacrement de baptême entre dans cette foi chrétienne, dans l'histoire de sa propre pauvreté et de sa propre richesse ; il devra vivre d'une part le mystère de l'ouverture de son coeur à Dieu dans la pauvreté et le désir d'être aimé et d'autre part cet abîme obscur de fausses richesses dont par notre péché nous ne cessons pas de nous envelopper : à l'occasion du baptême où c'est nous tous l'Eglise, qui nous présentons comme témoins de notre combat spirituel auprès d'elle, remettons-nous en présence de Dieu et essayons de voir comment nous vivons devant sa Face. Est-ce que nous acceptons de laisser vivre en nous cette "*part du pauvre*" ? Est-ce que nous essayons de reprendre, à la lumière de la Parole de Dieu, dans un travail incessant et dans un combat acharné, cette brisure de toutes les fausses richesses et de toutes les fausses sécurités qui sont des refus de Dieu ?

R. R. J. 1983-3
Pages 553 à 609

É T U D E S



LES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES DES
FONCTIONNAIRES DES MINISTÈRES ET LES
RECOURS JURIDICTIONNELS (1906-1914)

Essai de sociologie de droit administratif

par O. BEAUD

En 1905 et en 1906 naissent les premières associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales, qui vont déployer, jusqu'à la guerre, une importante activité revendicative. Leurs dirigeants écrivent des articles et des ouvrages (1) ; elles se fédèrent en une "*Union*" groupant à peu près les employés de tous les ministères ; elles tiennent des assemblées et des congrès où elles expriment des vœux (2) ; elles interviennent auprès des autorités parlementaires et gouvernementales et négocient avec les directions du personnel au sein de chaque ministère. C'est, néanmoins, un autre volet de leurs activités qui sera ici étudié ; il s'agira d'analyser les recours juridictionnels, intentés par les fonctionnaires des ministères ou par leurs groupements, devant le Conseil d'Etat.

En matière d'activité contentieuse, ceux-ci font figure, au sein du mouvement corporatif, de pionniers. Ils ont, notamment été les premiers à avoir osé rédiger un pourvoi collectif contre un arrêté ministériel (3) et à avoir présenté des requêtes au nom de leurs associations professionnelles. Mais l'étude de ces recours ne se justifie pas seulement par le rôle déterminant joué, dans ce domaine par les associations des administrations centrales, mais aussi par la qualité des informations contenues dans ces arrêts. Ainsi, la discontinuité des sources existantes (4) rend d'autant plus précieux le fait de posséder

un corpus de décisions s'échelonnant entre 1906 et 1914 (5). On pourra donc rechercher si l'action juridique de ces groupements n'a pas connu certaines modifications entre ces deux dates. En outre, l'analyse de cette jurisprudence servira de révélateur des principales revendications et aspirations des "ronds-de-cuir".

Une telle démarche suppose, pour être féconde, une méthode adéquate, celle qui consiste à utiliser les décisions du Conseil d'Etat comme un matériau de faits bruts. En d'autres termes, la présentation traditionnelle de la jurisprudence, c'est-à-dire dogmatique (5), est abandonnée au profit d'une étude sociologique où c'est "*le fait et non plus le droit qui est objet d'analyse*" (6). Cette différence fondamentale de "*point de vue*" (7) possède une incontestable valeur heuristique, car l'analyse sociologique permet de dégager tous les éléments, inclus dans la jurisprudence, mais non spécifiquement juridiques, comme, par exemple, les moeurs administratives ou la psychologie des fonctionnaires. Dans cet essai de sociologie du droit administratif (8), il s'agira de découvrir l'objet de la contestation syndicale, d'en expliquer l'évolution et aussi de noter quelques pratiques administratives, apparaissant au détour de l'exposé de certaines requêtes.

Cet angle d'attaque présente l'immense avantage d'observer des aspects, jusqu'ici inconnus ou presque, de la révolte des fonctionnaires centraux. Ainsi, par exemple, ce mouvement fédéré des associations connaît des divisions internes qui seront mises à jour par l'examen de quelques arrêts. D'autres décisions du Conseil d'Etat prouvent, de façon irréfragable, la réalité des accusations, lancées par les fonctionnaires, contre certaines pratiques arbitraires en matière de recrutement et d'avancement. Ce favoritisme, unanimement dénoncé à l'époque, apparaît à l'état brut dans la sobriété des exposés juridiques.

Si l'examen des recours contentieux contribue, à maints égards, à mieux connaître les associations professionnelles des administrations centrales, il éclaire aussi le rôle joué par le Conseil d'Etat dans le domaine de la fonction publique. Palliant la carence des parlementaires, il a octroyé certaines garanties aux fonctionnaires, après avoir admis la recevabilité de leurs requêtes et de celles de leurs groupements corporatifs. Toutefois, il a essayé, dès 1909-1910, de rétablir le principe d'autorité.

I - LA RECEVABILITE DES RECOURS JURIDICTIONNELS DES FONCTIONNAIRES CENTRAUX ET DE LEURS GROUPEMENTS PROFESSIONNELS

Le Conseil d'Etat a, d'abord commencé par déclarer recevables les actions introduites par les fonctionnaires agissant à titre individuel (9). Après avoir élargi la notion d'intérêt à agir dans le célèbre arrêt Casanova (10), il admettait, peu après, la recevabilité du recours formé par un archiviste, LOT, contre la nomination du Directeur des Archives qui ne possédait pas le diplôme d'archiviste-paléographe (11). Pour lui reconnaître cet intérêt personnel à agir, alors même qu'il n'y avait pas violation d'un droit acquis (12), la juridiction suprême se fondait sur "*le droit exclusif*" détenu par les titulaires du diplôme d'archiviste à la promotion dans les emplois supérieurs.

Comme il le fait souvent, le Conseil d'Etat atténuait les effets de son revirement de jurisprudence en rejetant la requête au fond (13). Ce ne fut que quatre mois plus tard qu'il annulait, pour la première fois, une nomination ministérielle dans l'affaire SAVARY. Celui-ci, sous-inspecteur des enfants assistés, contestait la légalité de la nomination de quatre sous-préfets et d'un conseiller de préfecture, au grade d'inspecteur. Confirmant la jurisprudence LOT, la juridiction administrative déclarait recevable la requête de SAVARY, qui voyait son avancement retardé par ces multiples nominations (A. II). Dans ses conclusions, où il soutint victorieusement l'illégalité de ces décisions ministérielles, le commissaire du gouvernement TARDIEU expliquait que l'octroi de garanties aux fonctionnaires était la condition indispensable de la bonne marche des services publics (14).

HAURIOU avait donc raison d'insister sur les "*raisons extrinsèques*" (15) de l'évolution de cette jurisprudence, qui, en assouplissant les conditions de recevabilité, permettait aux fonctionnaires de se défendre contre le favoritisme (16). Selon lui, deux forces pouvaient s'opposer à cette pénétration croissante de la clientèle politique dans les cadres réguliers de l'administration : "*les associations de fonctionnaires et la jurisprudence du Conseil d'Etat*" (17).

La naissance d'associations professionnelles dans les administrations centrales, en 1905-1906, conduisait à une seconde étape, décisive : les premières actions juridiques de ces groupements. Les fonctionnaires du ministère de l'Intérieur jouèrent ici le rôle de pionniers ; scandalisés par l'illégalité de plusieurs nominations (18) vingt-cinq rédacteurs, sous la direction de Léon Alcindor (19) et de Pierre d'Hugues (20), adressaient une requête collective au Conseil d'Etat pour lui demander l'annulation de ces décisions (21). Dès 1907, dans deux affaires distinctes (22), les groupements du personnel des ministères du Commerce et de l'Instruction Publique s'associaient aux requêtes individuelles d'employés. Malgré les conclusions favorable du commissaire du gouvernement Teissier, la juridiction administrative évitait prudemment de se prononcer sur la recevabilité des requêtes émanant des associations (23).

L'association professionnelle des fonctionnaires civils de l'administration du ministère des Colonies, en se présentant seule devant le Conseil d'Etat, allait obliger celui-ci à trancher la question juridique de la recevabilité d'une telle action (A. 13).

Le commissaire du gouvernement Tardieu exposait clairement les trois problèmes juridiques dont la solution déterminait le jugement de cette affaire. Il était indispensable, en premier lieu, de s'interroger sur la légalité des associations de fonctionnaires. En les supposant légales, il fallait alors se demander si ces associations pouvaient avoir le caractère d'associations professionnelles. Enfin, la question proprement dite de la recevabilité devait être examinée à ce dernier stade de la réflexion.

On comprend donc l'intérêt de ces conclusions, où Tardieu fit un vaste tour d'horizon des opinions émises sur la légalité des associations et des syndicats de fonctionnaires. Faisant sienne ce qu'il appela "*la doctrine gouvernementale*", il conclut à la légalité des premières et à l'illégalité des seconds. A l'exception notable d'Hauriou (25), cette opinion n'était pas partagée par la doctrine. Des auteurs comme Duguít (26) et Bonnard (27) soutenaient la licéité des deux types de groupement, tandis que la majorité des professeurs, parmi lesquels Berthelemy (28), Larnaude (29) et Rolland (30) estimait illégales ces coalitions.

De façon beaucoup plus concise, et en se référant aux travaux préparatoires de la loi de 1901 et à l'attitude des gouvernements (31) Tardieu admit que les employés pouvaient se grouper en associations professionnelles. Enfin, il reconnut l'intérêt à agir de ces dernières, comme l'avait d'ailleurs fait Teissier dans ses conclusions sous l'arrêt Prunguet (A. 8). Il demanda au Conseil d'Etat d'étendre les solutions déjà admises, à propos de la recevabilité des recours émanant des syndicats (32).

On peut, toutefois, apercevoir, dans ce dernier raisonnement, une contradiction, car, pour justifier la légalité des associations de fonctionnaires, Tardieu reprenait la thèse majoritaire selon laquelle le syndicat professionnel était "*la forme privilégiée de l'association*" (33), tandis que l'association de la loi de 1901 était considérée comme "*l'association de droit commun*". Or, si l'on affirme que la loi de juillet 1901 est la loi générale et celle du 21 mars 1884 la loi spéciale, comment peut-on déduire la recevabilité des recours d'une association, fût-elle professionnelle, de celle reconnue pour les syndicats ? C'est manier le raisonnement par analogie d'une façon assez équivoque ; ce manque de rigueur juridique incite à se poser des questions sur les raisons du très grand libéralisme avec lequel la Haute juridiction a accueilli ces requêtes. Cette attitude est nettement plus hardie que celle de la Cour de Cassation, qui n'a pas encore reconnu le droit d'ester en justice aux syndicats professionnels (34). Tout semble indiquer que le Conseil d'Etat a voulu encourager les associations de fonctionnaires en instaurant leur légalisation, tandis qu'il marginalisait les syndicats en les déclarant illégaux. Le juge rejoignait ici le Gouvernement, qui ne concevait l'association de fonctionnaires que comme une "*antidote contre le syndicat*" (35). Les observateurs les plus sagaces n'ont pas manqué de souligner le caractère ambivalent de cette jurisprudence visant à moraliser la fonction publique (36), mais tendant également à "*arrêter, au moyen d'une équité raisonnable, le syndicalisme montant*" (37).

II - ANALYSE SOCIOLOGIQUE DE LA JURISPRUDENCE : LA CONTESTATION DES " RONDS-DE-CUIR " REFLETEE PAR LE CONTENTIEUX

L'étude des faits qui se trouvent à l'origine de ces décisions jurisprudentielles, éclaire plusieurs facettes du monde des ministères. On y observe, d'abord les principales revendications des fonctionnaires centraux : lutte contre le favoritisme qui désorganise les administrations centrales, défense de la carrière, qui révèle un corporatisme intransigeant. Une telle enquête est aussi un excellent moyen de mieux pénétrer la mentalité de ces employés, peu préparés par leur individualisme à l'action collective. Enfin, par ce biais détourné, d'intéressantes pratiques administratives pourront être mises à jour.

Section I - L'OBJET DE LA CONTESTATION

§ 1 - La lutte contre le favoritisme est, au début du siècle, le leitmotiv de tous les fonctionnaires, mais pour juger de la validité de ces constantes accusations, faut-il encore connaître des exemples précis et incontestables. On saisit donc l'intérêt des requêtes des fonctionnaires centraux : prouver la réalité et l'ampleur du phénomène du favoritisme.

Les arrêts Alcindor (A. III et s.) constituent un véritable modèle. Les faits que nous allons examiner, sont tellement scandaleux, qu'ils ont provoqué la constitution d'une Amicale au sein du ministère de l'Intérieur (38). Ils ont d'ailleurs fait l'objet d'une brillante intervention, à la Chambre des Députés, de Jules Steeg ; celui-ci, informé par les employés eux-mêmes, reprend tous leurs arguments et dresse un tableau peu flatteur du ministère de l'Intérieur ; il décrit "*les procédés, (les) trucs fort ingénieux*" (39) utilisés par les protecteurs et leurs favoris pour contourner les règlements. Ce sont toutes ces manoeuvres qu'il s'agit maintenant d'analyser.

Dans la première espèce (A. IV), le sieur Landrut, auxiliaire de l'administration centrale, avait été nommé rédacteur stagiaire, en violation des règles fixées par le décret sur les conditions de recrutement, et, selon lesquelles, pour être rédacteur à l'Intérieur, il fallait être un fonctionnaire et avoir réussi un concours d'entrée.

Le ministère prétendait que Landrut, ancien attaché de cabinet de préfecture possédait la qualité de fonctionnaire, et qu'au titre de fonctionnaire des services extérieurs, il pouvait être nommé directement, sans concours, par le Ministre (40). Le Conseil d'Etat, en lui déniait la qualité de fonctionnaire, annulait cette nomination, qui ne respectait pas l'obligation du concours.

Dans la seconde espèce (A. V), c'est un autre employé, Trouillot, à qui les difficultés du concours de rédacteur avaient été mystérieusement épargnées, qui voit sa permutation attaquée par les rédacteurs de l'Intérieur, ceux-ci excipant de l'illégalité de la nomination initiale. Dans ces deux premières espèces, le Conseil d'Etat a voulu faire respecter la règle du CONCOURS. Ce sont des faits, à peu près semblables, qui sont à l'origine de la troisième espèce (A. VI ; titularisation d'un auxiliaire au grade de rédacteur sans concours). Cet employé protégé, Lacroisade, avait bénéficié d'un avancement fulgurant : nommé le 12 février 1898, rédacteur de 4^e classe, il n'accédait au grade de sous-chef de bureau, que cinq ans après, alors qu'il en fallait d'ordinaire presque vingt !... Bien que la nomination attaquée datât de 1898, la juridiction suprême déclarait recevable la requête, car faute de publicité suffisante, le délai du recours pour excès de pouvoir n'avait pas cessé de courir et elle annulait, pour les mêmes motifs que dans l'affaire précédente, les nominations attaquées.

Avec la nomination d'un attaché de cabinet, Chappuis (A. VII), au grade de sous-chef de bureau, on atteint les sommets de l'ingéniosité déployée par les favoris. La technique employée consiste à se faire fictivement nommer dans un poste des services extérieurs, pour bénéficier du pouvoir discrétionnaire accordé au Ministre en ce qui concerne les nominations à Paris, d'éléments étrangers à l'administration centrale (41).

Felix Chappuis (42), ancien employé de l'administration des Finances, était devenu, à l'âge de 37 ans, attaché au Cabinet du Président Combes (16.02.1903). C'est le début de sa carrière fulgurante. Le 16 décembre 1904, il est nommé après la chute du Cabinet, sans concours, rédacteur de 1^o classe à l'administration centrale ; dix jours plus tard, il est promu inspecteur de 1^o classe des

enfants assistés (services extérieurs) et trois semaines après, il est nommé sous-chef de bureau de 3^e classe à l'Intérieur, sur avis favorable du Conseil des Directeurs. Les rédacteurs de l'administration centrale attaquaient, d'une part, l'arrêté de nomination au grade de rédacteur, et d'autre part, les arrêtés de nomination aux grades d'inspecteur et de sous-chef de bureau. Cette réaction des employés ne fut pas sans conséquences, car le lendemain du jour où le ministère était informé de l'existence de ce pourvoi (43), le sieur Chapuis était nommé percepteur à Juvisy !... Mis en demeure par le Conseil d'Etat de fournir des précisions sur ces différentes péripéties, les services du ministère étaient obligés d'avouer que Chapuis n'avait occupé ni le poste de rédacteur, ni celui d'inspecteur, et qu'il n'avait même touché aucun traitement afférent à ces fonctions (44).

Cet inventaire des "trucs" du favoritisme serait incomplet, si n'y figurait pas la technique de la **permutation**. Normalement, celle-ci consiste en un échange de fonctionnaires de même grade, mais appartenant à des corps différents, mais l'on va voir comment d'ingénieux fonctionnaires ont perverti ce principe. C'est le cas, par exemple, d'un nommé Brèque, rédacteur au ministère des Finances qui imagina l'opération suivante (A. VIII) : il fut autorisé (45) à permuter avec un chef de bureau (!) du ministère du Commerce, c'est-à-dire, que, comme le note Georgin, *"par un bond prodigieux, par-dessus la tête des rédacteurs et des sous-chefs de bureau du Commerce, un rédacteur des Finances était devenu du jour au lendemain chef de bureau au Commerce"* (46). Quant à l'ancien chef de bureau, il était nommé le même jour percepteur au Havre. Les deux parties étaient donc largement gagnantes, mais cet ingénieux *"tour de passe-passe"* (47) suscita une vigoureuse réaction du personnel du ministère du Commerce, qui attaqua la nomination de Brèque. Le Conseil d'Etat l'annulait, l'estimant non conforme au principe d'équivalence qui doit régir les permutations (48).

La nomination dans un emploi des services extérieurs est donc un excellent moyen pour éviter les règlements contraignants des administrations centrales. C'est ce qu'avait compris un attaché de cabinet au ministère de l'Intérieur, qui se fit nommer sous-préfet à Orange,

"par un erratum au bulletin du ministère de l'Intérieur" (49), avant d'être "promu" sous-chef de bureau à l'administration centrale. Ayant tiré la leçon de l'affaire Chapuis, il prit la précaution de se munir d'un procès-verbal d'installation et d'un récépissé de traitement. L'Association menaçait alors de déposer une plainte en faux contre ces deux pièces (50) et saisissait les journaux de ce scandale. Le Ministre, effrayé, préféra rapporter la mesure de nomination.

La **démission fictive** fait partie des autres artifices juridiques utilisés pour échapper aux conditions normales de recrutement et d'avancement. Ainsi, le dénommé Groucy, commis de troisième classe à l'administration centrale de la Marine ne réunissait pas les conditions de grade et d'ancienneté exigées (51) pour devenir bibliothécaire-archiviste adjoint. Or, les personnes étrangères à la Centrale étaient dispensées de ces conditions pour accéder au même emploi. Groucy démissionne donc le 10 août 1908, se mettant hors des cadres de l'administration centrale. Trois semaines plus tard, un arrêté ministériel du 31 août le nommait bibliothécaire-archiviste adjoint, ayant grade de sous-chef de bureau.

Les rédacteurs de l'administration centrale attaquèrent collectivement cette nomination, soutenant dans leur requête que la démission n'"avait (que) pour but de lui faire obtenir un poste auquel il ne pouvait régulièrement prétendre" (A. 17). Le Conseil d'Etat approuvait cette argumentation, puisqu'il refusait de conférer tout effet à cette démission, qui ne pouvait pas dispenser Groucy des conditions imposées à ses collègues de l'administration centrale.

Enfin, il faut conclure ce catalogue, assez édifiant, des procédés du favoritisme, par une opération, déjà aperçue au détour de certaines affaires évoquées : la pratique des **"testaments ministériels"**. Lorsqu'un ministre ou un secrétaire d'Etat démissionnait, il nommait, assez souvent semble-t-il, les membres de son cabinet défunt, dans les cadres de l'administration centrale, et généralement dans des postes assez élevés. L'ampleur et la fréquence (instabilité ministérielle oblige !) de ce phénomène avaient suscité de vives protestations et conduit le Parlement à prohiber une telle pratique (52). Ce texte

n'empêcha pas le sous-secrétaire d'Etat des P.T.T. de nommer un des membres de son cabinet, ancien rédacteur, au grade de sous-chef de bureau de l'administration centrale, et ceci après la démission du Cabinet.

Le Ministre alléguait que l'employé ne faisait pas partie de son Cabinet, mais la juridiction administrative annulait cette nomination, car elle assimilait les membres officieux aux membres officiels des cabinets. Elle interprétait donc, de façon extensive, le texte de 1911, et manifestait son intention de défendre les fonctionnaires centraux contre que certains (Salaun...) définissaient sous le nom de "*cabinettisme*".

§ 2 - La défense de la Carrière

Les premiers recours des employés des ministères sont réellement des réactions spontanées de colère contre des actes arbitraires (53) qui lèsent autant leurs droits que le sentiment de justice ; mais ce combat pour faire régner l'équité dans la fonction publique va progressivement glisser vers une défense intransigeante de la carrière. L'examen des affaires contenues dans ces requêtes souligne la tendance des fonctionnaires centraux à vouloir constituer un corps homogène, fermé à toute pénétration extérieure. La comparaison des revendications de l'**Union**, avancées notamment dans ses trois Congrès, et des requêtes rédigées par les associations professionnelles illustre cette convergence : dans les deux cas, l'objectif des ronds-de-cuir est de réserver le Ministère aux employés (55).

Cette défense du Corps révèle, d'abord, une volonté farouche de s'opposer à la nomination d'agents provenant d'autres administrations publiques. A une époque où l'existence même des Fonctionnaires centraux est contestée (56), il n'est pas surprenant de voir leurs associations professionnelles multiplier les recours contre leurs concurrents directs : les fonctionnaires des services extérieurs et les officiers (dans les administrations centrales de la Guerre de la Marine).

C'est ainsi que, par exemple, l'Association des Colonies s'oppose victorieusement à la nomination directe (sans concours), au grade de rédacteur, d'un commis

de 1^o classe des services civils de l'Indochine (A. 19). Celui-ci, n'appartenant pas au cadre de l'administration coloniale, ne pouvait bénéficier des dispositions applicables à ce corps (57).

Quant au conflit entre l'élément militaire et l'élément civil au sein des administrations centrales, il constitue la trame essentielle des nombreuses requêtes rédigées par l'Association du personnel civil de la Marine, et son Président, Empis. Ils essaient d'abord de limiter le recrutement des officiers à l'administration centrale. D'après le décret organisant celle de la Marine, le Ministre avait le pouvoir de procéder à la nomination sans concours, de deux officiers, au grade de rédacteur. Or, selon l'Association (A. 27), avant d'effectuer cette nomination, le Ministre était tenu *"d'épuiser au préalable les listes d'admissibilité établies à la suite des précédents concours"* (58). L'intérêt de cette requête est évident : en nommant, annuellement, deux officiers au grade de rédacteur, le Ministre retarde d'autant la titularisation des candidats civils reçus au concours pour le même grade. Le Conseil d'Etat rejette ce pourvoi, et consacre ainsi le pouvoir discrétionnaire reconnu, en cette matière, au Ministre (59).

Une fois admis, ces officiers constituent de redoutables concurrents pour l'avancement aux grades supérieurs, et les fonctionnaires civils considèrent être défavorisés par les promotions effectuées. L'Association essaie de faire annuler la promotion, au grade de sous-chef de bureau, de deux officiers ; elle se fonde sur le fait que la liste des candidats à ce grade, dressée l'année précédente, n'avait pas été épuisée (A. 35), mais le Conseil d'Etat juge que le Ministre n'est pas lié par les tableaux d'avancement de l'année précédente (60). Les fonctionnaires centraux critiquent également les mesures qui, en réservant les postes de direction aux officiers, ont pour effet de bloquer l'avancement du personnel civil aux emplois supérieurs. Ainsi, Empis conteste la légalité d'un décret nommant un officier chef de service provisoire de l'Intendance (A. 25). Selon lui, une telle décision, ayant pour effet d'augmenter le nombre des directeurs et de chefs de service, aurait dû être fondée sur une loi, et non pas sur un simple décret réservant la direction de l'intendance maritime à des officiers. Derrière ces arguments juridiques se cache surtout une hostilité, quasi-

viscérale, du personnel civil à ce monopole conféré par certains textes et concernant certaines directions, aux officiers (61). De telles dispositions contrarient sérieusement l'avancement de tout le corps des fonctionnaires civils, dont la carrière est bloquée au niveau du grade de chef de bureau.

Ce corporatisme, fondé sur la frontière dressée entre les agents de l'administration centrale et ceux des autres services, peut même devenir encore plus rigide, si l'on définit, de façon restrictive, la notion de "*cadres de l'administration centrale*". C'est ce que faisait Empis, lorsqu'il demandait, au nom de l'Association, l'annulation de la nomination, au grade de sous-chef de bureau, d'un rédacteur de l'Établissement des Invalides de la Marine (A. 19) (62). Le recours de l'Association professionnelle du personnel du ministère du Travail est encore plus révélateur des tendances corporatistes des employés. Un sous-chef de bureau et cinq rédacteurs de ce ministère, agissant au nom de l'Association, demandait au juge administratif d'annuler la décision d'avancement d'un traducteur de l'administration centrale au grade de sous-chef (A. 28). Selon eux, le corps des traducteurs n'a pas vocation, d'après les textes en vigueur (63), à occuper ce grade supérieur. A cet argument de droit, les requérants n'hésitent pas à ajouter un argument de fait, fondé sur leur prétendue supériorité par rapport aux traducteurs. Ceux-ci "*ne peuvent posséder les aptitudes professionnelles nécessaires pour exercer les fonctions de sous-chef de bureau*" (64). Le Conseil d'Etat rejette cette requête car il assimile la situation des traducteurs à celle des rédacteurs.

Cet arrêt est l'illustration frappante de la déviation qu'a connu l'action juridique : de manifestation de solidarité, elle s'est transformée en un instrument de division des employés (65).

Section II - LE CARRIERISME ET LA DIVISION CHEZ LES EMPLOYÉS DES MINISTÈRES

La lecture de ces décisions juridictionnelles confirme le fait, maintes fois constaté, selon lequel la préoccupation majeure du bureaucrate est l'avancement. Mais, en même temps que celui-ci devient rapidement, pour l'employé,

une obsession, il constitue un germe indéracinable de division entre les "collègues" des administrations centrales, qui rend fragile la solidarité liant les membres d'une même association professionnelle.

§ 1 - La distinction des recours selon les mobiles, qui animent les requérants, ne doit pas masquer le dénominateur commun des décisions citées : la défense de la carrière. Toutefois, en ce domaine, rien n'égale l'acharnement avec lequel les fonctionnaires défendent leur droit à l'avancement. Ce dernier est l'obsession, quelquefois pathologique (66) des employés de l'Etat ; il est l'objet de la sollicitude constante des réformateurs (67), fait l'objet de la plupart des revendications des associations professionnelles (68) et constitue la trame de la majorité des requêtes des centraux. Trois grandes tendances semblent ressortir des arrêts relatifs à des questions d'avancement. Les "ronds-de-cuir" souhaitent obtenir des garanties procédurales ; ils veulent, ensuite, réserver l'avancement à leur propre corps (69) et ils se montrent plutôt partisans de l'avancement à l'ancienneté.

La recherche de garanties. Faire respecter les conditions légales exigées par les règlements d'administration publique est le premier objectif des fonctionnaires centraux. Sont donc attaquées les promotions d'employés, lorsque ceux-ci ne possèdent pas l'ancienneté suffisante (70), ou bien les augmentations de traitement qui dissimulent un avancement de classe (71), ou enfin, toutes les manoeuvres juridiques élaborées par les protecteurs et "favoris" (72).

Les employés des ministères rédigent aussi de minutieux pourvois dans lesquels ils critiquent la procédure suivie pour l'avancement. De nombreuses requêtes soulèvent l'irrégularité de la fixation du tableau d'avancement ; on conteste sa date de publication (73) ou d'entrée en vigueur (A. 14) la composition du conseil des directeurs (A. 14), le pouvoir du Ministre de la modifier après l'avis du Conseil (A. 22 et A. 29), la répartition des employés en différentes catégories (74).

Les fonctionnaires des administrations centrales souhaitent, d'autre part, imposer aux autorités l'application des dispositions qui préservent les droits à l'ancienneté pour l'avancement. Cette tendance est particulièrement

nette dans trois requêtes de l'Association de la Marine, où le même moyen est invoqué (A. 27, 34, 35). Les employés se fondent, en vain, sur un arrêté ministériel disposant que seuls pourraient être inscrits sur le tableau d'avancement, les fonctionnaires qui figurent dans le premier tiers de la liste d'ancienneté de leur grade (75).

§ 2 - Ce système administratif, qui, par sa structure, privilégie l'avancement, provoque la concurrence et la rivalité entre les employés. Les plus lucides d'entre eux considèrent l'avancement comme un "fléau" (76) qui empêche toute solidarité réelle de s'exprimer (77). Les recours juridictionnels traduisent la fragilité de la solidarité (78) au sein des groupements professionnels. En effet, si la défense de la Carrière contribue à forger une certaine unité dans ce corps de fonctionnaires très hétérogène, elle ne parvient pas, néanmoins, à éliminer les tendances séculaires à la division et à la jalousie. A partir de 1908, et surtout en 1912, des requêtes rédigées, le plus souvent par des fonctionnaires à titre individuel, et quelquefois même par les Associations, ont pour effet d'opposer différents collègues de la même administration centrale (79).

La première requête, qui témoigne d'un manque de solidarité au sein d'un groupement corporatif, émanait de Alcindor, rédacteur à l'Intérieur et représentant l'Amicale du Ministère, qui contestait la promotion d'un autre rédacteur, Monsarrat. Or, comme celui-ci appartenait à l'Association, celle-ci engage donc une action juridique contre un de ses membres !... Elle reprochait au Ministre de l'avoir inscrit sur la liste d'aptitude au grade de sous-chef de bureau, alors qu'il ne remplissait pas les conditions exigées. Monsarrat (80) rédigeait un mémoire en défense (81) dans lequel il invoquait son ancienneté de service dans les services extérieurs, qui devait s'ajouter à son temps de service à l'administration centrale (81). Le juge déclarait illégale sa nomination, car il interprétait, de façon stricte, les conditions d'ancienneté (pas de cumul possible pour Monsarrat (82).

Dans cette affaire, on pourrait, néanmoins considérer que l'Association avait voulu sauvegarder les droits des fonctionnaires centraux, en exigeant le strict respect des dispositions réglementaires (83). Ce n'était pas le cas dans l'affaire Bidault, en 1913 (A. 36), provoquée

par la requête de ce rédacteur principal (Intérieur). Il contestait la légalité de la nomination, au grade de sous-chef de bureau de deux de ses collègues de l'Amicale. Le problème juridique était de savoir si le rang dans la liste d'aptitude à l'avancement devait être établi en fonction de l'ancienneté de grade du fonctionnaire (thèse de Bidault) ou bien en fonction de la date d'inscription sur cette liste. Cette dernière hypothèse, dans laquelle les premiers nommés sont ceux inscrits sur les précédentes listes d'aptitude, correspondait, selon les défenseurs, à l'esprit du décret régissant cette question (84) ; elle répondait d'ailleurs mieux aux vœux des fonctionnaires centraux (85), qui souhaitaient réduire le délai entre la date d'inscription sur la liste d'aptitude et la date de nomination. Or, c'est la thèse formaliste de Bidault qui l'emportait devant le Conseil d'Etat (86). La même solution sera adoptée, à propos d'autres nominations de sous-chefs de bureau à l'Intérieur, qui avaient été contestées, pour des raisons identiques, par des rédacteurs dont l'avancement avait été retardé par la décision initiale enlevant à Bidault le premier rang sur la liste d'ancienneté (A. 36 et 32).

L'examen d'autres recours permet de noter la rivalité qui existe entre fonctionnaires de **différents grades**. Ainsi, deux rédacteurs du ministère de la Guerre protestaient contre le statut accordé aux expéditionnaires ayant réussi le concours d'accès à leur grade (87). Selon les dispositions réglementaires alors en vigueur (88), un ancien expéditionnaire pouvait, compte tenu de son ancienneté, occuper le rang de rédacteur de 1^o ou de 2^o classe. Cette promotion interne est mal vécue par les fonctionnaires appartenant au corps des rédacteurs issus du concours.

Le manque de solidarité des bureaucrates, que révèle la lecture de ces décisions n'a pas échappé à des fonctionnaires lucides comme Pierre D'Hugues ou Charles Regismanset. Le premier remarque que *"la solidarité a, de tout temps, subi de fortes atteintes au sein des amicales"* (89), et le second, encore plus pessimiste, ne croit pas que *"le développement des associations ait augmenté beaucoup le sens de la solidarité professionnelle"* (90). Ainsi, apparaît une des caractéristiques du mouvement de ces cadres de la fonction publique : sa **fragilité**, dûe

aux divisions internes et à *"l'esprit de jalousie (qui) vicie, dans son essence, le fonctionnement même des associations"* (91).

Section III - LES PRATIQUES ADMINISTRATIVES REVELEES PAR LE CONTENTIEUX

A l'appui de leurs recours juridictionnels, les employés invoquent, quelquefois, des traditions ou des pratiques administratives, dont l'examen conduit à mieux saisir la vie quotidienne des bureaux. Dans certains cas même, le Conseil d'Etat a dû statuer sur la valeur juridique de ces pratiques, mais leur ayant, à la fois, reconnu ou dénié toute dimension normative, il semble n'avoir émis aucune directive jurisprudentielle à cet égard.

§ 1 - Le juge n'est pas confronté au problème de la valeur juridique de ces pratiques.

Deux requêtes font allusion à des traditions relatives aux traitements et à la discipline. Dans la première hypothèse, le requérant, Pierre d'Hugues, président de l'Amicale du personnel de l'Intérieur, agissait en son nom personnel pour attaquer le refus, opposé par le Ministre, de payer une indemnité. Son sous-chef de bureau ayant été détaché dans un autre ministère, D'Hugues réclamait (A. 38) le paiement d'une indemnité, puisée sur les fonds laissés libres par le détachement (92) et justifiée par le travail supplémentaire occasionné par ce départ. D'Hugues invoquait notamment la pratique administrative (93). Au lieu de dédommager les employés du bureau privés de leur sous-chef, le Ministre avait distribué le traitement vacant, sous forme de gratifications à l'ensemble du personnel. D'Hugues prétendait donc que le Ministre avait fait un usage irrégulier de ces fonds, mais le juge administratif, négligeant cette argumentation (94) rejetait la requête en consacrant le pouvoir discrétionnaire du Ministre (95). Par là même, il autorisait la pratique, constante dans les ministères, consistant à donner à tous les employés des gratifications. Celles-ci sont donc générales et automatiques, et ne constituent pas des récompenses accordées aux fonctionnaires les plus méritants, mais seulement des suppléments de traitement accordés à tout le personnel. Cette pratique révèle une caractéristique de la condition du *"rond-de-cuir"* : l'inadéquation entre le travail accompli et la rémunération perçue.

D'autre part, deux requêtes introduites par Vilar et d'Hugues traduisent l'hostilité traditionnelle des employés à la pratique de la "feuille de présence" (96). D'Hugues a raconté dans *"La guerre des fonctionnaires"* les faits à l'origine de ce recours. Il rappelle comment Clemenceau, appuyée par la presse, *"prétendit imposer au personnel d'un ministère tout entier depuis le secrétariat général jusqu'au dernier copiste, la simultanéité de sept heures de présence"* (97). Il critique, en termes sévères, cette réforme qu'il qualifie de *"caporalisme"*, dénonçant la prime à la médiocrité qu'elle instaure (98). Selon lui, la variété des travaux accomplis par les différentes catégories de personnel interdit toute mesure de contrôle aussi uniforme et rigide. Le résultat fut catastrophique : *"le rendement baissa"* (99), et Clémenceau, berné, *"crut alors devoir accorder une amnistie à ses subordonnés"* (100) mais d'Hugues et Vilar la refusèrent et maintinrent leur pourvoi. Ayant été sanctionnés par un blâme avec l'inaptitude à l'avancement pour une année, pour avoir refusé de signer la feuille de présence, les deux requérants font annuler cette mesure prise en violation de la loi sur la communication du dossier (L.22. V.1905).

§ 2 - Le juge et la valeur juridique de certaines pratiques.

Le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur la pratique, extrêmement courante dans les administrations centrales, de la titularisation des auxiliaires. Ce problème lui fut posé lors de l'application de la loi du 8 juillet 1910, qui autorisait les fonctionnaires à verser rétroactivement les retenues légales pour la constitution de leur droit à pension. Différents ministres considèrent que les années d'auxiliaire ne pouvaient pas être prises en compte pour la liquidation, car la loi ne prévoyait, pour la période antérieure à la titularisation, que les années de stage. Les commis du ministère de l'Agriculture attaquaient la décision du Ministre qui refusait de tenir compte, pour leur droit à pension, des années passées à titre d'auxiliaire. Ils invoquaient la tradition de la titularisation des auxiliaires, et souhaitaient voir l'auxiliarat assimilé à un stage (A. 33). Le Conseil d'Etat faisait droit à cette requête, et se fondait sur cette tradition administrative (101) pour étendre le champ d'application de la loi aux

années d'auxiliarat (102). Dans cette affaire, le juge ne faisait que reprendre le considérant de principe qu'il avait posé dans l'arrêt Beauquier (103) à la suite d'une requête des gardiens de bureau du Conseil d'Etat, qui s'appuyèrent, avec succès, sur la pratique de titularisation. La Haute juridiction allait d'ailleurs appliquer cette jurisprudence dans d'autres espèces, où était évoquée la titularisation d'hommes de peine au grade de gardiens de bureau (104) ou d'hommes de service promus agents du service intérieur (105).

Mais, dans d'autres hypothèses, il a écarté la tradition alléguée par les fonctionnaires, pour imposer le texte réglementaire en vigueur. A un rédacteur du ministère de la Guerre, qui invoque le monopole traditionnellement détenu par les employés de chaque direction pour l'avancement dans leur spécialité (106), le Conseil d'Etat oppose les termes du décret de 1905 qui étendaient le bénéfice de l'avancement à tout le personnel du ministère. Ainsi, contrairement aux prétentions du requérant, selon lesquelles la tradition (107) et une décision ministérielle (108) conféraient *"aux fonctionnaires de la direction des troupes coloniales un droit exclusif à l'emploi de sous-chef de bureau au bureau des emplois civils"* (A. 18), le Conseil d'Etat érige, en principe général, que *"l'avancement du personnel a lieu au profit de l'ensemble des employés et n'est pas spécialisé par direction"* (A. 18). En revenant sur ces *"droits acquis"*, le juge administratif condamnait *"l'esprit de spécialisation"* (D'Hugues) des bureaucrates et encourageait la mobilité intra-ministérielle. Par là même, il augmentait les chances moyennes de promotion du personnel en répartissant l'avancement sur tout le corps entier des fonctionnaires du ministère.

L'examen de ces deux derniers types de décisions montre que le juge administratif n'a pas établi de principe quant à la valeur juridique de ces *"usages d'ordre intérieur"* (109). En effet, si toutes les décisions relatives à la pratique de la titularisation des auxiliaires sont ordonnées autour d'un principe jurisprudentiel, conférant à cet usage la valeur d'une coutume (110), les autres arrêts prouvent que la Haute juridiction refuse toute valeur juridique, à ces pratiques, dès lors qu'un texte clair, voire même un principe (111), peut leur être opposé.

CONCLUSION :

Evaluation du rôle joué par le Conseil d'Etat

Il est incontestable que, dans un premier temps, le Conseil d'Etat a élaboré, à partir de ces requêtes, une jurisprudence libérale tant en ce qui concerne les conditions de recevabilité que les conditions de légalité. Ce libéralisme s'est, en premier lieu, manifesté dans ses décisions sur l'intérêt à agir des fonctionnaires et de leurs groupements, et ceci en dépit des observations déjà faites sur le caractère ambivalent de la jurisprudence sur les associations (112). Libéralisme aussi, dans le jugement au fond des requêtes ; le Conseil d'Etat a octroyé aux fonctionnaires centraux des garanties sérieuses en matière de recrutement et d'avancement, et il a, ainsi, grandement contribué à la "*moralisation des pratiques administratives*" (113).

Toutefois, l'attitude du Conseil d'Etat va évoluer à partir des années 1909-1910. Il est certain que la grève des postiers (mars 1909) lui a montré les dangers de la syndicalisation des fonctionnaires, et que, dès lors, il a tout fait pour sauvegarder le principe d'autorité. C'est ainsi que dans les arrêts Winkell (114) et "*Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*" (115) il rappelle aux agents de l'Etat que leurs devoirs essentiels sont incompatibles avec l'exercice du droit de grève, et justifie, dans le cas des cheminots, le recours au subterfuge juridique de la mobilisation. Pierre d'Hugues est d'ailleurs très sévère à l'égard de cette évolution ; il accuse le Conseil d'Etat d'être "*en voie de régression*" (116). Il écrit que l'arrêt des cheminots "*paraît procéder de l'esprit de défense sociale ou bourgeoise, bien plus que de la logique*" (117).

Les décisions issues des requêtes des fonctionnaires centraux reflètent ce changement d'attitude du juge administratif. Désormais, celui-ci oppose, de plus en plus souvent, aux réclamations des "*ronds-de-cuir*", le pouvoir discrétionnaire dont dispose le Ministre pour l'organisation de ses services. En matière de recrutement (118), d'avancement (119) ou de gratifications (120), il tend, à partir de 1910, à faire prévaloir le principe d'autorité sur les revendications des employés.

En reconnaissant l'intérêt à agir des fonctionnaires et de leurs groupements, et en annulant des nominations scandaleuses, le Conseil d'Etat a permis de moraliser la fonction publique. Cette double extension des garanties accordées aux agents de l'Etat connaît, néanmoins, des limites fixées par le juge, qui sont tracées par l'interdiction du droit syndical et la défense de l'autorité ministérielle. Or, au moment où le mouvement des fonctionnaires se radicalise, et où leur action devient réellement du syndicalisme, le Conseil d'Etat essaie de freiner cette évolution en rappelant, aux fonctionnaires, leurs devoirs essentiels. C'est une nouvelle preuve du rôle de régulateur joué par cette juridiction dans nos institutions politico-administratives. Défenseur des fonctionnaires à une époque où les fonctions publiques font l'objet de sordides marchandages, il redevient, quelques années plus tard, le protecteur de l'Administration face aux exigences croissantes des *"bureaucrates en révolte"* ; mais ces derniers efforts, pour endiguer la syndicalisation des fonctionnaires, ne sont, en regard de l'évolution sociale, que des combats d'arrière-garde...

NOTES

(1) Georges Demartial, connu pour ses nombreux articles et ouvrages sur le statut des fonctionnaires ; Louis Salaun, auteur de "La réforme des fonctions publiques. Pour enrayer le favoritisme, il faut organiser l'avancement", 1912 ; Berger-Levrault ; Pierre d'Hugues, qui a écrit, sur ce sujet, un livre remarquable : "La guerre des fonctionnaires", Flammarion, 1914, Charles Regismanset (voir infra)...

(2) L'Union des associations professionnelles du personnel des administrations centrales tient un congrès en 1912, 1913 et en 1914.

(3) Arrêts Alcindor (référence : Annexe 3). Toutes les décisions du Conseil d'Etat sont inventoriées en Annexe et classées chronologiquement (A. 1 à A. 39).

(4) Très peu de sources par exemple entre 1907 et 1910.

(5) Où l'examen des questions juridiques est privilégié.

(6) Carbonnier, "Sociologie juridique", PUF, 1972, p. 196.

(7) "Entre le droit dogmatique et la sociologie du droit, la différence ne tient pas à l'objet : c'est une différence de point de vue, d'angle de vision. Le même objet que le droit dogmatique analyse du dedans, la sociologie du droit l'observe du dehors" Carbonnier op. cit. p. 20.

Dans le premier cas, on essaie de dégager la règle de droit, tandis que dans le second, ce sont les faits de la cause qui intéressent l'observateur. Ce changement d'optique peut donc aboutir à une inversion de la valeur que l'on prête aux décisions : certaines d'un faible intérêt juridique peuvent être riches pour leur contenu sociologique, et vice-versa (Cf Carbonnier, op. cit. p. 196).

(8) Sociologie qualitative, à l'inverse de l'étude effectuée par Mesnard et Tanguy sur le Tribunal Administratif de Versailles. "L'apport de la sociologie du contentieux administration à la sociologie des acteurs de l'urbanisme" Actualité juridique de droit administratif, 1974, pp. 538-544.

(9) Rappelons que les premières associations naissent en 1905.

(10) C.E. 29 mars 1901 Casanova, G.A.J.A., 6^o éd., p. 31.

(11) Voir Odent, Contentieux administratif, fasc. V, p. 1635, Cours de droit, 1980 ; Auby-Drago "Traité du contentieux administratif, t. 2, p. 211, éd. L.G.D.J. 1975.

Plantey, Traité pratique de la fonction publique, t. 2, p. 949, 3^o éd. L.G.D.J. 1973.

.../...

Odent exprime bien la portée de cet arrêt qui "consiste à reconnaître aux membres d'un corps le droit de faire respecter la valeur technique de ce corps" op. cit., p. 1635.

(12) Selon Hauriou, le Conseil d'Etat tend à "considérer comme acquis, au sens de la recevabilité des recours, des droits actuellement éventuels, mais qui, une fois réalisés, seraient tout de même des droits". C'est cet élargissement de la notion de droit violé qu'a accompli l'arrêt LOT Note Hauriou sous Lot, Molinier, Savary S.1904,III,113.

(13) Comme le remarque Hauriou ; "Suivant une politique à peu près invariable dans ses évolutions de jurisprudence de quelque hardiesse, le Conseil d'Etat a procédé par étapes". Op. cit. p. 114.

(14) Il déclare : "Il ne faut pas (...) que des fonctionnaires auxquels le législateur ou le chef de l'Etat ont assuré des garanties, qui ont peut-être déterminé leur entrée dans la carrière, puissent croire qu'il n'y a pas de recours possible contre les actes arbitraires qui les privent de ces garanties. Ce serait jeter le découragement dans tout les personnels, ce serait préparer la désorganisation des services publics".

(15) Note précitée.

(16) Il écrit : "Il n'y a pas que la préoccupation d'élargir le recours pour excès de pouvoir ; il y a aussi celle plus immédiate d'offrir aux fonctionnaires de carrière un moyen de se défendre contre les perturbations de plus en plus fréquentes apportées à la marche régulière de l'avancement par des nominations de personnages politiques". Ibid.

(17) Ibid.

(18) Voir infra, 2^o partie.

(19) Docteur en Droit, Léon Alcindor est l'auteur d'une brochure sur "Le Statut des fonctionnaires", où il étudie la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de fonction publique.

(20) Sorti major au concours d'entrée du ministère, il présidera l'Amicale de l'Intérieur entre 1910 et 1912, et il publiera un recueil d'articles, "La Guerre des fonctionnaires" en 1914. Nous n'avons pas, comme pour Alcindor, retrouvé son dossier de fonctionnaire.

(21) Voir Annexe III.

(22) Voir Annexe VIII et IX.

(23) "Considérant que la requête susvisée a été présentée tant au nom de l'Association amicale du personnel de l'administration centrale du ministère du Commerce et de l'Industrie qu'au nom des sieurs Prunget, Simond et autres que, dès lors, sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'association dont il s'agit est recevable à déférer au Conseil d'Etat l'arrêté attaqué, il y a lieu de statuer au fond sur ladite requête" (A. 8).

(25) Bien qu'il pense que cette distinction soit une "question de droit civil", Hauriou, se plaçant, sur le plan du droit public, souhaite éviter "la confusion des forces de la vie publique et celles de la vie privée" qu'engendrerait la reconnaissance de la légalité des syndicats de fonctionnaires. Note sous A. 13, Recueil d'arrêts annotés par Hauriou Sirey, t. III, pp. 138-139.

(26) Traité de droit constitutionnel, 2^o éd. t. III, p. 217.

(27) "La crise du fonctionnarisme", RDP 1907, p. 481.

(28) "Traité élémentaire de droit administratif", 5^o éd. 1908, p. 56.

(29) Communication à la Société générale des prisons, Revue pénitentiaire, 1906, p. 844 et s.

(30) RDP, 1907, p. 258.

(31) Il note ce fait capital : "il ne faut pas oublier que ce sont les ministres eux-mêmes, M. Bienvenu-Martin, M. Briand qui ont convié les amicales à s'occuper des intérêts professionnels de leurs membres".

(32) C.E. 28. XII. 1906 Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges, conclusions Romieu, G.A.J.A. 6^o édition, p. 67.

(33) Conclusions sous A. 13.

(34) Ce droit leur sera accordé par un arrêt des Chambres réunies du 5.IV.1913, S. 1920, I, 49, note Mestre.

(35) Cette formule limpide de Machelon (in La République contre les libertés ; éd. F.N.S.P., p. 264) résume très bien l'attitude gouvernementale. Jules Jourdanne, dans sa thèse (assez médiocre) sur "les associations de fonctionnaires et le recours pour excès de pouvoir" (Paris, 1928, éd. Rousseau) note aussi : "En développant les associations, on espère anéantir l'idée de syndicat" (p. 86).

Le C.E. confirmera sa jurisprudence, même après la grève des postiers de mars 1909 dirigée par une Association.

(36) Relisons les conclusions de Tessier dans les arrêts Alcindor de 1906 : "Il faut mettre un obstacle insurmontable aux pratiques déplorables qu'on soumettra à notre censure. Il faut mettre un frein aux jeunes ambitions qui s'agitent autour des grands de ce monde et qui pensent que pour arriver aux hauts postes de l'Administration, le mieux est de se glisser dans quelque cabinet ministériel, d'y intriguer, y décrochant quelque faveur, sans titre, sans droit", Cité par Cahen, "Les fonctionnaires Leur action corporative", p. 310-311.

Jeze est, comme Hauriou, favorable à cette jurisprudence qui a pour effet de "reconnaître formellement aux associations de fonctionnaires le pouvoir de contrôler la régularité de toutes les décisions de nomination au service public (...). On peut dire qu'il y a là une mission de ministère

public" reconnue aux associations de fonctionnaires". RDP 1909, p. 73. Par cette mission de contrôle qu'ils assignent aux associations, Hauriou et Jeze conçoivent l'association comme un contre-poids nécessaire pour éviter les excès du favoritisme.

(37) Pierre d'Hugues, in *Le Rappel*, 7.VI.1914.

(38) Comme le dit d'Hugues, le favoritisme "a mis le feu aux poudres". Alcindor parle "des émotions, des courants de fièvre qui ont traversé ces milieux, notés jadis comme paisibles" et rappelle "le souffle de révolte de ces hommes livrés à l'arbitraire" in *Le Statut des fonctionnaires*, op. cit. p. 21.

(39) Chambre dép. 22.I.1906, *Annales*, Session Ordinaire, t. 1 p. 131 sq.

(40) Le d. du 15.VII.1897 autorisait le Ministre à réserver le quart des places vacantes à des agents des services extérieurs, nommés sans concours. C'est cet article sur les permutations qui fut le prétexte de beaucoup de manoeuvres frauduleuses.

(41) Voir note 40.

(42) F1b I 564 : dossier assez maigre sur le personnage, mais qui comprend les pièces de l'arrêt (sauf le mémoire des employés).

(43) Ibid.

(44) Ibid. Deux lettres du 16 mars 1906 ; dans la seconde, le ministère écrit : "M. Chapuis n'a pas subi les épreuves du concours institué pour le recrutement de rédacteurs, et le Conseil des directeurs n'a pas été appelé à donner son avis préalable sur sa nomination en qualité de rédacteur. Sa nomination a, d'ailleurs, été faite en dehors du quart des vacances dans cet emploi".

L'administration ne se prive pas du plaisir de relever toutes les illégalités, dont sont responsables les hommes politiques...

(45) Breque occupait les fonctions d'attaché de cabinet, ce qui a dû lui faciliter la tâche...

(46) *L'avancement dans les fonctions publiques*, p. 189. Paris, éd. Pichon et Auzias, 1911, 930 p.

(47) Ibid. p. 190. D'Hugues cite également cet arrêt dans son article sur les permutations, paru dans la *Revue Générale d'Administration*, en 1910.

(48) Selon le C.E. ; "ne peuvent constituer des permutations (...) que des échanges d'emplois équivalents soit comme grade soit comme traitement entre les fonctionnaires appartenant à deux ministères différents" (A. VIII).

(49) Steeg, précité, p. 133.

(50) Alcindor, op. cit. note 1, p. 35.

(51) Art. 20 du D. 31.1.1902 Réf. A N° 17.

(52) L'art. 141 de la loi de finances du 13 juillet 1911 disposait : "est nulle de plein droit toute nomination à une fonction publique et toute promotion d'une personne attachée, sous une dénomination quelconque, au cabinet d'un ministre ou d'un sous-secrétaire d'Etat, si elle n'a pas été inscrite au Journal Officiel antérieurement à la démission du ministre ou du sous-secrétaire d'Etat qui l'ont contresignée".

(53) Alcindor, voir note 1 p. 9.

(55) Précisons tout de suite que cette tendance n'était pas absente de la lutte contre le favoritisme (défense de la carrière contre les "intrus" du favoritisme). Toutefois à partir de 1908-1909, la défense du Corps semble devenir l'objectif essentiel des employés. D'ailleurs, l'ennemi ou le rival n'est pas tant le jeune attaché de Cabinet que les fonctionnaires des autres administrations, notamment ceux des services extérieurs et les militaires nommés dans les administrations centrales.

(56) Chardon, dans son "Essai sur les Travaux Publics", en 1904, préconisait le remplacement des centraux par les agents du service actif. Cette théorie, qualifiée du nom d'endosmose, sera reprise par Demartial et par plusieurs auteurs de l'enquête sur les ministères de la "Revue Hebdomadaire" de 1911.

(57) Ces administrateurs coloniaux pouvaient être nommés directement à Paris (a. 10 d. 23.V.1896).

Nous n'avons retrouvé qu'un seul exemple de cet antagonisme fondamental entre la Centrale et les services extérieurs. La lecture sociologique des arrêts peut donc être déformante, car cet exemple unique pourrait supposer que nous avons exagéré le conflit entre ces deux corps. En réalité, la plupart des règlements des administrations centrales contiennent les mêmes dispositions qui accordent au Ministre, le pouvoir discrétionnaire de nommer des agents du service actif à Paris. Ces nominations ont donc, très souvent, un fondement légal. Le Ministre de l'Intérieur a souvent dépassé la limite du quart des vacances imposée pour ce genre de nominations (statistiques in F.1 b I 572 (dossier Monsarrat).

(58) A l'époque, on pouvait attendre plusieurs années entre la date de réussite au concours et la nomination.

(59) D'après le C.E., "il ne résulte d'aucune autre disposition dudit décret qu'avant de prononcer des admissions sans concours, le ministre soit tenu d'épuiser au préalable les listes d'admissibilité établies à la suite des précédents concours". (A. 27).

(60) Selon le C.E., "aucune disposition réglementaire n'imposait au ministre l'obligation de ne choisir les sous-chefs de bureau parmi les candidats portés sur ce tableau qu'après épuisement de la liste des candidats inscrits sur le tableau dressé pour l'année précédente" (A. 35).

(61) "Concurrence, monopole..." : le monde bureaucratique n'est pas aussi paisible que l'on croit, et n'a rien à envier au monde industriel et commercial. Comme Crozier l'a bien montré, les rapports entre les différents services ou corps sont des relations de pouvoir. Ces recours des fonctionnaires civils de la Marine en fournissent une preuve flagrante.

(62) Rejet de la requête par le juge qui considère que les membres de l'administration centrale de l'Établissement des Invalides appartiennent au personnel de l'administration centrale du ministère de la Marine.

(63) Ils se fondent sur une interprétation restrictive de l'a. 8 d. 20.VI.1908, aux termes desquels "nul ne peut être nommé sous-chef de bureau s'il n'appartient au moins à la 4^e classe des rédacteurs".

(64) Voici ce moyen dans son intégralité : "attendu, en outre, que tant à raison des épreuves figurant au concours qui leur donne accès au ministère du Travail, que des occupations spéciales dont ils sont chargés, et qui consistent exclusivement dans des travaux de traduction, les traducteurs ne peuvent posséder les aptitudes professionnelles nécessaires pour exercer les fonctions de sous-chef de bureau" (A. 28).

(65) Il est curieux d'observer que, dans cet arrêt, les requérants agissaient au nom de l'Association professionnelle. Cette dernière, regroupant les chefs de bureau, rédacteurs et traducteurs, a donc voulu limiter les débouchés d'une des catégories qu'elle était censée représenter !...

(66) Les suicides des ronds-de-cuir ne sont pas rares, et trahissent souvent des ambitions administratives déçues.

(67) Louis Salaun y consacre un ouvrage entier (n. 1, p. 1).

(68) Archives de la Guerre, non classées.

(69) Voir supra II, Section I.

(70) Par exemple, l'Association des fonctionnaires civils de la Guerre obtient l'annulation de trois nominations au grade de sous-chef de bureau, car les candidats n'avaient pas l'ancienneté nécessaire de deux ans (A. 29).

(71) Le Conseil d'Etat reprend la thèse de l'Association des Colonies et juge que les augmentations de traitement d'un directeur sont "assimilables à de véritables avancements de classe" et doivent donc "rester soumises aux mêmes conditions" (A. 31).

(72) Voir supra, La lutte contre le favoritisme.

(73) A. 14, 21, 22.

(74) Le ministre avait distingué les rédacteurs et les expéditionnaires dans le classement pour l'avancement, alors que, selon les termes du décret, ces deux sortes d'employés ne formaient qu'"une seule catégorie" C.E., A. 21.

(75) Mais le C.E. dénie toute valeur juridique à cet arrêté implicitement abrogé par un décret postérieur.

(76) Henri Mazel. Pour causer de tout (Art. Arbitraire administratif), p. 40 (éd. Grasset, 1909, 381 p.).

(77) Regismanset a remarquablement décrit les effets pervers du système d'avancement sur la mentalité des employés : "La jalousie et l'envie règnent en maîtresse dans l'esprit des fonctionnaires condamnés à cet éternel "struggle for life". Ils se détestent les uns les autres et chaque mouvement d'avancement accuse les haines, précise les inimitiés".

In "Les fonctionnaires", p. 108-109.

Regismanset est l'auteur anonyme de l'ouvrage intitulé "Les fonctionnaires" paru chez Grasset, en 1911. C'est lui qui écrit, sous le pseudonyme de Carl Siger, le compte-rendu du livre de Salaun, "Un ministère qui meurt", dans le Mercure de France en 1914. Fils de sénateur, reçu à l'Ecole Coloniale, il entre directement comme rédacteur à l'administration centrale (1898) des Colonies, où il gravit rapidement les échelons. Il fait partie du Cabinet de 1906 à 1911, devient sous-chef de bureau en 1907 et il finira sa carrière comme directeur, avant de devenir administrateur de la Banque d'Indochine (dossier aux Arch. Section Outre-Mer, consulté après autorisation).

(78) Regismanset va même plus loin, car il soutient que l'association des "ronds-de-cuir" n'a fait qu'accroître leurs divisions : "Ces haines, ces inimitiés (voir note précédente), le grand élan de solidarité des associations professionnelles, loin de les atténuer, les a exaspérés en donnant à ceux qui se croyaient lésés le moyen pratique de se venger de leurs camarades privilégiés. Le Conseil d'Etat, qui ne se pique pas de psychologie, ne pouvait, évidemment, en instaurant sa jurisprudence nouvelle, prévoir cette aggravation". Ibid. p. 109.

(79) Voir A. 11, 30, 32, 37, 26.

(80) Gaston Monsarrat avait fait une brillante carrière dans l'administration préfectorale avant d'entrer à l'administration centrale. Né le 7.VIII.1864, il est chef de cabinet de préfecture (Haute-Garonne) en 1891, sous-préfet, en 1896, et Secrétaire Général en 1898 jusqu'en 1902. Il entre, en 1904, à l'administration centrale par le biais d'une permutation. Très bien noté par tous ses supérieurs ("fonctionnaire d'élite, 1901), il finira sa carrière comme chef de bureau hors classe (F1b I 572).

(81) Il invoquait un autre argument juridique : l'irrecevabilité de la requête, car la décision attaquée, l'inscription sur une liste d'aptitude, ne faisait pas grief.

(82) Le C.E. considérait, au contraire, qu'une telle décision faisait grief ; c'est d'ailleurs ce point qui fait l'intérêt juridique de cette décision.

(83) Les arguments de Monsarrat étaient pourtant légitimes ; les années de service antérieur dans la préfectorale auraient pu être pris en compte par le C.E., si celui-ci avait voulu mettre sur un pied d'égalité les centraux d'origine et ceux issus des services actifs.

(84) Selon ces rédacteurs, "la thèse du sieur Bidault est en contradiction avec l'esprit du d. de 1910 qui a entendu conférer aux candidats inscrits sur la liste d'aptitude le droit à une nomination dans un délai assez rapproché" (A. 30).

(85) Les défenseurs insistant sur le fait que le "système adopté" a été "bien accueilli par le personnel" (A. 30).

(86) "Considérant (que)... la liste d'aptitude sur laquelle doivent figurer les rédacteurs pour être promus à l'emploi de sous-chef de bureau est "établie par ordre d'ancienneté" ; que ces mots ne peuvent s'entendre que de l'ancienneté dans le grade de rédacteur". (A. 30).

(87) A. 37.

(88) Après le d.1.II.1909 réglementant l'administration centrale, un régime transitoire avait été instauré, permettant de classer les expéditionnaires dans l'échelqn comportant le traitement égal ou immédiatement supérieur à celui dont ils étaient précédemment bénéficiaires.

(89) La guerre des fonctionnaires, op. cit. p. 64.

(90) Les fonctionnaires, op. cit. pp. 119-120. Regismanset prend même ici l'exemple des recours juridictionnels : "ce petit jeu des pourvois s'accompagne souvent de préoccupations assez éloignées de l'intérêt général ; je veux dire, une part de vengeance et de ressentiment contre des collègues trop favorisés, se mêla trop souvent dans l'esprit des requérants à l'appétit de justice et de dignité qui, seul, eût du l'animer". Op. cit. pp. 120-121.

(91) Regismanset, op. cit. p. 120.

(92) D'après l'a. 11 du d.23.II.1907, les fonctionnaires et employés de l'administration centrale (Intérieur) détachés dans un autre ministère (ou ailleurs) ne reçoivent aucun traitement, et les sommes qui ne leur sont pas versées, sont affectées jusqu'à due concurrence, au paiement des frais nécessaires pour assurer le service dont ils étaient chargés.

(93) Selon d'Hugues, le droit qu'il invoque "fut reconnu et satisfaction partielle accordée à la suite de diverses réclamations" (A. 38).

(94) "(...) sans qu'il y ait lieu de rechercher si, comme le soutient le requérant, le ministre n'aurait pas fait un emploi irrégulier des fonds rendus disponibles par le détachement" C.E. A. 38.

(95) Le C.E. ne recherche même pas si le Ministre a fait un mauvais usage des fonds restés libres. Selon lui, l'a. 11 "laisse (au Ministre) le soin d'apprécier s'il est nécessaire d'engager des frais pour le remplacement du fonctionnaire détaché (...)". "...il appartient encore au ministre d'apprécier si et dans quelle mesure tel agent ayant concouru à assurer le service du fonctionnaire absent doit recevoir une indemnité pour avoir fourni un travail supplémentaire lui donnant droit à une rémunération spéciale en sus de son traitement" (A. 18).

(96) Pour contrôler l'assiduité des agents.

(97) Ouvrage cité, p. 144.

(98) Il écrit : "Quant aux sédentaires, les plus paresseux ou les moins intelligents, acceptèrent volontiers l'humiliation de faire consister leur rôle en l'accomplissement d'une présence quotidienne dans un bureau. Ainsi, l'inertie et l'incapacité, couvertes par l'exactitude, recevaient une prime et les chefs, désarmés, ne pouvaient rien contre un fonctionnaire consciencieux". Ibid. p. 145.

(99) Ibid. p. 146.

(100) Ibid. p. 146. Pierre d'Hugues est revenu à deux reprises sur ce passage désastreux de Clémenceau à l'Intérieur : une fois, dans "Le Rappel", en 1914, et une autre fois, en 1928, dans "La Grande Revue". Il écrit même en 1914 que Clémenceau "tomba devant le syndicalisme" (Le Rappel). En tout cas, cet arrêt prouve que les bureaucrates ont résisté à l'autoritarisme du Ministre...

(101) C.E. : "Considérant qu'il résulte de l'instruction que les commis du ministère de l'Agriculture, sauf dans des cas exceptionnels et hormis les nominations réservées aux candidats militaires, étaient suivant une tradition invariable et conformément à des règles constamment suivies, choisis parmi les commis auxiliaires". (A. 33).

(102) C.E. : "qu'il suit de là que (les requérants) accomplissaient, lorsqu'ils étaient commis auxiliaires, un stage dont leur titularisation devait être normalement précédée" (A. 33).

(103) C.E. 19.I.1912, Rec. p. 85.

(104) C.E. Leloup et autres S.VI.1913, Rec. 689.

C.E. 28.XI.1913, Theurillat Rec. p. 1183 ; C.E. 14.XI.1913. Laget Rec. p. 1112 ; C.E. 20.VI.1913 Longaud Rec. p. 746.

(105) C.E. Deblicker 21.VII.1912.

(106) A. 18.

(107) Le requérant soutient qu'il est admis par l'administration centrale du ministère de la Guerre que les fonctionnaires civils de la direction

... / ...

des troupes coloniales ne peuvent être nommés à un emploi supérieur en dehors de leur direction et qu'inversement les fonctionnaires des autres services ne peuvent être promus à un emploi de ladite direction" (A. 18).

(108) Elle ordonnait que le successeur du poste de sous-chef au bureau des emplois civils devait appartenir à la direction des troupes coloniales.

(109) L'expression est de Debelmas dans sa thèse sur : "Les pratiques administratives comme sources de droit". Thèse doctorat de droit public, direction Hauriou, Toulouse, 1932.

Il considère que les pratiques administratives relatives au statut des fonctionnaires sont des règles de droit (p. 185), mais son inventaire de la jurisprudence est trop incomplet pour fonder une telle affirmation.

(110) Entendue dans son sens juridique, la coutume doit posséder un élément matériel, qui est l'usage, et un élément psychologique, la conviction du caractère juridique de cet usage (Voir Rials. Réflexions sur la coutume constitutionnelle, Revue Administrative 1979, pp. 265-266). Dans la pratique de la titularisation des auxiliaires, le caractère d'usage avec ses quatre éléments : répétition, durée, constance, clarté, ne semble pas devoir être contesté ; "la conviction de son caractère juridique" est explicitement affirmé par le C.E. qui se réfère à des "règles constamment suivies" (A. 33).

(111) Comme le pouvoir discrétionnaire : voir A. 38.

(112) Voir supra. On peut vraiment se demander si les membres du Conseil étaient dupes de la distinction purement formelle entre associations et syndicats de fonctionnaires. A cette époque, ce corps est très républicain, et des membres ont pris publiquement position en faveur du mouvement corporatif (Chardon, Cahen-Salvador...).

(113) Thuillier, Bureaucratie et bureaucrates en France au XIX^e siècle, Droz, Genève-Paris, 1980, p. 393.

(114) Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 6^e éd. pp. 87 sq.

(115) Rec. p. 875, concl. Helbronner.

(116) Le Rappel, 7.VI.1914 "Le Grand Juge des Fonctionnaires".

(117) Ibid. M. Lafon a écrit un remarquable article sur l'arrêt Winkell, où il a bien montré que l'argumentation juridique, assez faible au demeurant, reflétait la volonté du Conseil d'Etat de rappeler à l'ordre les fonctionnaires. In "Bureaucratie et droit", in Revue Historique de droit français et étranger, Sirey, 1974, t. IV, pp. 102 sq.

(118) Cf. les décisions A. 27 où le juge considère que le Ministre n'est pas lié par les résultats des concours ouverts antérieurement aux candidats civils.

(119) Le C.E. juge, par exemple, que l'approbation, par le Ministre, de la liste d'aptitude lui fait conserver "le droit de modifier les propositions du conseil des directeurs" (A. 29).

(120) Arrêt d'Hugues précité.

A N N E X E

Inventaire des requêtes rédigées par des fonctionnaires centraux ou par leurs groupements, à partir des Tables du Recueil Lebon (1904-1914) et jugées par le Conseil d'Etat.

- 1903 A.1 11.XII Lot et Molinier ; G.A.J.A., 6° éd.
p. 53 sq.
- 1904 A.2 18.III Savary, concl. Teissier, Rec. p. 232 sq.
- 1906 A.3 1.VI Alcindor et autres (4 espèces : pp 515-520
A.4 1) esp. Landrut
A.5 2) Trouillot
A.6 3) Lacroisade
A.7 4) Chapuis
- 1907 A.8 15.II. Prunget et autres, Rec. p. 157.
A.9 6.XII Sieur Brugnot, Rec. p. 268.
- 1908 A.10 13.III Héliçon, Chapuis et autres, Rec. p. 268.
A.11 27.XI Alcindor c/Monsarrat, Rec. p. 973.
A.12 27.XI Tilloy c/Loth, Rec. p. 975.
A.13 11.XII Association professionnelle des fonctionnaires civils de l'administration centrale du ministère des Colonies, concl. Tardieu, Rec. pp. 1016-1021.
- 1909 A.14 6.VIII Sieur Rageot, Rec. p. 809.
A.15 6.VIII Vilar et d'Hugues, Rec. p. 811.
- 1910 A.16 1.VII Empis et autres, Rec. p. 540.
A.17 1.VII Perruchot et autres, Rec. p. 540.
A.18 8.VII Sieur Balu, Rec. p. 577.
A.19 29.VII Association professionnelle... des Colonies, Rec. p. 668.
A.20 29.VII Empis, Rec. p. 668.

- A.21 6.VIII Association professionnelle des fonctionnaires civils de l'administration centrale du ministère de l'Instruction Publique, Rec. p. 719.
- 1911 A.22 10.III Sieur Lachenaud, Rec. p. 311.
- A.23 5.V Sieur Lescanne, Rec. p. 535.
- A.24 5.V. Association amicale des commis et expéditionnaires ... de la Guerre, Rec. p. 535.
- A.25 16.VI Sieur Empis, Rec. p. 687.
- 1912 A.26 26.IV Association professionnelle des fonctionnaires civils de l'administration centrale du ministère de la Guerre, Rec. p. 500.
- A.27 5.VII Association professionnelle du personnel civil... de la Marine, Rec. p. 795.
- A.28 6.VIII Sieurs Sellier et autres, Rec. p. 983.
- A.29 29.IX Association professionnelle des fonctionnaires civils... de la Guerre, Rec. p. 1125.
- 1913 A.30 17.III Sieur Bidault, Rec. p. 358.
- A.31 9.V Association... des Colonies, Rec. p. 538.
- A.32 16.XI Sieur Lange, rec. p. 1107.
- A.33 28.XI Lunardi et autres ; Rec. p. 1182.
- A.34 10.XII Lépinay, Lachenaud et autres, Rec. p. 972.
- A.35 10.XII Association des fonctionnaires civils... de la Marine, Rec. p. 974.
- A.36 26.XII Vander Sluys, Rec. p. .
- 1914 A.37 30.I Sieurs Naves et Tétu, Rec. p. 127.
- A.38 22.V D'Hugues, Rec. p. 642.
- A.39 3.XII Lesserteux et autres, Rec. p. 1042.

LES STRUCTURES DE LA COMMUNICATION JURIDIQUE

par Jean-Paul BUFFELAN

*Professeur en coopération à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Libreville (Gabon)*

Le terme de "*communication*" connaît un grand succès dans le public ; c'est le terme à la mode. Tout le monde veut faire de la communication ; il faut établir la communication, ou la rétablir, si elle a été rompue. La société souffre d'un défaut de communication. Y a-t-il toujours communication entre le pouvoir et le peuple ? C'est l'éternel problème de la correspondance entre pays légal et pays réel. Pour céder à ce courant, il a été créé, en France, depuis quelques années, un ministère de la "*communication*" qui a été d'abord rattaché au ministère de la Culture, puis érigé en département ministériel à part entière dans le premier gouvernement Mauroy du 22 mai 1981.

Aux termes du décret n° 78-537 du 13 avril 1978, le ministre *étudie les problèmes de communication et présente au premier ministre toutes propositions en ce domaine*". Depuis le décret du 7 juin 1981, il est chargé d'étudier les problèmes de communication, de concevoir et de mettre en oeuvre la politique gouvernementale concernant l'orientation et le développement des techniques audiovisuelles. Il préside le Haut conseil de l'audiovisuel et dispose de l'Institut nationale de l'audiovisuel, ainsi que du service juridique et technique de l'information.

Que faut-il entendre par communication ? Selon Robert ESCARPIT, "*la communication est un cas particulier du transport*" (1), l'entité transférée étant désignée sous le nom d'**information**. On peut dire aussi que la communication est une relation dynamique dans le cadre

(1) Robert Escarpit, *Théorie générale de l'information et de la communication*, p. 7 (coll. Hachette Université).

d'une structure ou entre plusieurs structures. On peut encore envisager la communication comme une modalité de l'échange, ce qui met l'accent sur la notion d'**aller et retour** de l'information.

La théorie de l'information est, à l'origine, une théorie d'électriciens qui cherchaient à résoudre le problème de la transmission de télégrammes. Elle a été créée par le mathématicien américain Claude SHANNON qui travaillait pour les laboratoires BELL, de la Société américaine de télégraphe et de téléphone. Ce chercheur a publié en 1949 la **Théorie mathématique de la communication**, avec Warren WEAWER (2), dans laquelle il apporte des formules permettant de mesurer des quantités d'information émanant d'une source.

Notre propos n'est pas de tenter d'appliquer une théorie mathématique aux sciences juridiques, mais plutôt de rechercher dans quelle mesure les schémas dressés par les théoriciens de l'information concernent les juristes. En gardant les mêmes notions juridiques que l'on éclaire différemment, on aboutit à une vision renouvelée du droit et à un enrichissement réciproque des sciences juridiques et des sciences de l'information et de la communication.

Deux exemples montreront la parenté des deux domaines. Pour le juriste, la loi est une source de droit, c'est-à-dire qu'elle donne naissance à un ensemble de règles juridiques. On peut dire aussi qu'à partir d'un état de non-droit, la loi crée un état de droit. On passe d'un chaos originaire à un monde organisé par la création d'un ordre, mais cette étape dont l'existence n'est pas niable, ne porte pas de dénomination particulière.

Or dans le monde mécanique, il existe des phénomènes semblables qui ont été étudiés notamment par les physiciens. Sadi CARNOT (3), le fils de l'Organisateur de la Victoire, a établi qu'aucune machine ne peut marcher sans passage de chaleur d'une source chaude à une source froide. La source chaude est définie comme un certain mouvement de particules qui composent la matière, c'est-à-dire un désordre, et la source froide comme un état

(2) Trad. française, Paris, Retz, C.E.P.L., 1975.

(3) Né en 1796, mort en 1832.

Le transfert d'informations s'effectue de la source au destinataire. Le message en langage naturel est transcrit en langage conventionnel par le codeur, puis, transmis par l'émetteur. Une voie conductrice l'achemine jusqu'au récepteur. Là, il est décrypté par le décodeur et transmis à son destinataire. On appelle canal l'ensemble du dispositif qui est compris de la sortie de la source à l'arrivée au destinataire.

Faisons application de ce schéma à la loi. Pour qu'une loi atteigne son destinataire, il faut qu'elle soit "*mise en forme*" par un groupe de juristes qui la "*codifie*", (5) adoptée par le Parlement et promulguée par le Président de la République : c'est la première phase. Par le canal habituel du **Journal officiel**, la loi sera transmise à tous ses récepteurs officiels et officieux : administrations publiques ; organes de presse et media ; sociétés privées et particuliers abonnés au **Journal officiel**. Fonctionnaires, juristes de presse, juristes d'entreprises, magistrats, professeurs de droit, avocats, notaires, praticiens, cabinets de contentieux, etc... décodent le texte législatif et, par des circulaires, par des articles de vulgarisation, par des consultations, par des conférences, par des cours, même par de simples conversations, informeront le public qui est l'ultime destinataire.

L'exemple de l'entropie et celui du schéma linéaire de la communication mettent en lumière les voies de communication qu'utilisent les sciences juridiques sans bien s'en rendre compte. Une étude systématique des processus juridiques à travers le modèle du schéma de la communication permettra certainement de faire apparaître l'originalité de moyens de communication remontant à la haute antiquité et de dégager les insuffisances et les obstacles à cette communication.

Toutefois, une question préalable se pose : peut-on assimiler la communication juridique à la communication scientifique ? N'y-a-t-il pas un abus de langage à parer la communication juridique d'un appareil scientifique inapproprié ? C'est le point qui nous retiendra maintenant.

(5) Il ne faut pas confondre le codage, qui est la transformation en signes d'un message en langage naturel, avec la codification, qui est l'action de réunir un ensemble de lois dans un recueil unique, appelé code (code civil, code pénal, etc.). Mais l'étymologie, du latin *codex*, planchette, est commune aux deux termes.

stable, c'est-à-dire un ordre. Il y a passage du désordre à l'ordre. C'est ici qu'apparaît la notion d'**entropie** (4). Pour les mathématiciens, l'entropie est une fonction exprimant le principe de dégradation de l'énergie. Cette dégradation se traduit par un état de désordre toujours croissant de la matière. L'entropie, qui est l'accroissement du désordre, s'oppose à la **neg-entropie** qui est l'accroissement de la différenciation, autrement dit la création d'un ordre.

Tout en refusant fermement toute conception purement mécaniste de l'univers, il faut bien reconnaître l'existence d'un parallélisme des processus entre dynamique sociale et dynamique physique.

L'autre exemple est plus parlant peut-être.

Pour le juriste, il y a plusieurs sources de droit parmi lesquelles la loi, déjà citée, est une des plus importantes. Emanant généralement du Parlement, la loi est un ensemble de règles qui s'appliquent, sur un territoire donné, aux nationaux du pays (et aux étrangers s'il s'agit d'une loi de police, de sûreté, ou de droit immobilier). Aucune des personnes intéressées ne saurait se soustraire à l'application de la loi en invoquant son ignorance des dispositions légales ; c'est le principe : **Nemo censetur ignorare legem** (nul n'est censé ignorer la loi).

Or, pratiquement tous les théoriciens de la communication ont adopté ce qu'ils appellent le schéma linéaire de la communication qui, dans sa forme la plus développée, se présente ainsi :

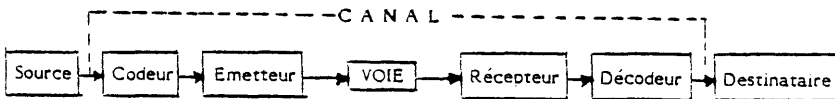


Figure 1. Le schéma linéaire de la communication

(4) La formule fondamentale en est :

$$H = - \sum p_i \log p_i ;$$

dans laquelle p_i est la probabilité d'apparition d'un élément ou d'un signal quelconque (R. Pages, V^o Communication, in Encyclopedia Universalis).

Si la communication juridique ne présente pas le caractère d'une communication scientifique au sens des sciences exactes, on ne peut pourtant pas dire que c'est une communication de contenu purement affectif ou propédeutique.

Commençons par déterminer le sens du terme "*scientifique*" employé ci-dessus pour qualifier un certain type de communication.

De prime abord, parler de communication "*scientifique*" signifie que celle-ci a un contenu cognitif, par opposition à d'autres processus de communication de caractère informatif, mnémotechnique, etc... Pour qu'il y ait communication scientifique, il faut qu'il y ait **connaissance** transmise.

En second lieu, cette connaissance n'a pas pour finalité le plaisir ou l'agrément de ses destinataires, mais leur intérêt. Autrement dit, c'est une connaissance **utile** dont la possession confère un certain pouvoir à son détenteur : pouvoir de modifier son propre comportement et d'influer sur le comportement d'autrui.

Le troisième élément de cette analyse est le caractère **durable** de la connaissance transmise. Il doit y avoir une certaine permanence de la connaissance. La jauge d'essence indique une réserve de dix litres dans mon réservoir : c'est une information utile, ce n'est pas une information scientifique en raison de son aspect éphémère. Ce caractère durable ne s'oppose pas à la péremption de l'information ou à l'enrichissement de l'information.

En résumé, la communication scientifique concerne une **connaissance** d'une **utilité permanente**. Par extension, on considèrera comme "*scientifique*" toute information qui présente ce triple caractère.

Si nous examinons maintenant la communication juridique (6), nous constatons qu'elle a pour fonction de transmettre, elle aussi, une connaissance utile et durable. C'est généralement la connaissance d'une règle,

(6) Sur les systèmes de communication et la décision administrative, voir : Charles Debbasch, Science administrative, 4^e éd., n^o 106 à 111 ; Précis Dalloz, Paris, 1980.

mais ce peut être également l'interprétation ou le commentaire d'une règle (pour une meilleure compréhension de celle-ci) ou, plus rarement, la réaction populaire à l'édiction d'une règle.

Cette connaissance est incontestablement utile : elle informe les intéressés du comportement attendu d'eux à l'avenir ; elle les avertit du risque, civil ou pénal, qui existe désormais à transgresser la nouvelle norme. De plus, si la finalité primaire de la règle est le bien public ou l'intérêt général, la finalité secondaire qui s'attache à la connaissance de la règle, est l'intérêt particulier du destinataire en tant que membre d'une communauté.

Enfin, cette connaissance est d'une utilité durable : tant que la règle existe, il est souhaitable de la connaître. Il est également utile d'être informé de la disparition ou de l'abrogation de la règle pour éviter de pratiquer une observance qui ne s'impose plus.

Il est parfois plus difficile, mais non moins utile, d'être informé des modifications apportées à la règle, surtout dans les époques de grande prolifération législative et règlementaire. Même quand la règle a disparu, sa connaissance est souvent précieuse pour les juristes professionnels, et même pour le public éclairé, en vue d'une meilleure compréhension d'une situation sociale donnée et d'une justification des nouvelles règles qui sont apparues.

Connaissance d'une utilité durable, l'information juridique peut légitimement être qualifiée de scientifique et, par voie de conséquence, nous admettons que la communication juridique constitue, elle aussi, un processus de communication scientifique.

Les caractères spécifiques de l'information juridique commandent le cadre de la communication juridique ; réciproquement, ce cadre rétroagit, par une interaction, sur la forme de cette information.

La communication juridique peut s'établir au plan **horizontal**, il s'agit principalement des relations contractuelles, soit entre particuliers (caractère individuel et parfois éphémère, par exemple l'achat d'un pain, d'un

d'un journal, contrat aussitôt noué et dénoué), entre sociétés commerciales ou entre particuliers et sociétés (à but lucratif ou non lucratif). Nous écarterons ici l'étude de ce type de communication en raison de son caractère souvent temporaire et singulier et presque toujours secret (secret de la vie privée ; secret des affaires).

La communication au plan **vertical** concerne la circulation de l'information du pouvoir vers le public (et, théoriquement, retour à la source) : ce sont notamment les actes législatifs et réglementaires, etc... On notera le caractère à la fois général et impersonnel de cette catégorie d'information. Toutefois, il existe une variété d'information juridique personnalisée : c'est celle que transmet le praticien à l'usager ou l'administration à l'administré.

Selon le schéma linéaire décrit plus haut, nous pouvons dire en simplifiant au maximum que l'information juridique est transmise par un système primaire de communication qui va de la source au destinataire, via un émetteur et un récepteur. La rétroaction du récepteur à l'émetteur est peu organisée.

Ce système primaire se complète par un système secondaire qui s'ajoute au premier, tout en le laissant fonctionner de façon autonome. La fonction de ce deuxième système est de faciliter et d'améliorer l'accès à l'information juridique par la mise en place d'intermédiaires - les auxiliaires de justice - et de mécanismes - les centres de documentation juridique -. L'existence de ce système secondaire et le coût qu'il représente pour les usagers, sont justifiés par leur utilité sociale et les insuffisances notoires de la communication primaire.

Comment se présentent et comment fonctionnent ces deux structures ? C'est ce que nous verrons en envisageant successivement système primaire et système secondaire.

I - LE SYSTEME PRIMAIRE DE COMMUNICATION JURIDIQUE

Il faut préciser, au départ, que seul, le cadre national est retenu ici, une étude comparée des différents systèmes nationaux de communication juridique relevant d'une autre phase de la recherche.

Le système primaire de communication juridique fonctionne selon le modèle général des processus de communication. Son objet est de transmettre l'information. Celle-ci part d'une source, passe par un émetteur et est ensuite diffusée selon des canaux appropriés. Sa réception par les destinataires se fait par l'intermédiaire de divers régulateurs ou répartiteurs.

L'originalité de ce système de communication est que tout le processus de communication est axé sur l'émission qui est l'unique phase à laquelle s'intéressent les responsables, marquant une indifférence quasi-totale pour le temps de retour ou de réaction.

§ 1 - Les conditions de fonctionnement

L'efficacité de ces processus est liée à des conditions communes de fonctionnement qui sont, notamment, la dimension de la communauté, le temps, le lieu, l'homogénéité du groupe, etc...

a) Le premier élément est la **dimension** de la communauté sociale considérée. Plus celle-ci est restreinte, plus la diffusion de l'information juridique est satisfaisante. En revanche, plus la taille du groupe augmente, plus il est nécessaire d'introduire des relais dans les processus. L'apparition de phénomènes de masse va entraîner la mise en place de structures facilitant la transmission de l'information. Seulement, le choix du type de structure est une option de caractère politique qui ne prend guère en compte l'aspect technique de la communication.

Nous nous trouvons ici en présence de deux régimes bien connus des juristes pour faire face à une situation d'élargissement territorial ou démographique de la base communautaire : il s'agit de la déconcentration et de la décentralisation.

La déconcentration est un mode d'administration qui consiste à décharger l'autorité centrale d'une partie de ses compétences au profit d'agents subordonnés ; accessoirement, c'est un type de transmission de la communication juridique fondé sur l'insertion de "*communicateurs*" (ou relais) dans un processus qui était jusque là direct.

La décentralisation est un autre mode d'administration qui consiste, pour un organisme (par exemple, l'Etat), à transférer une partie de ses pouvoirs à des organes autonomes (par exemple, les départements et les communes en France), mais sous tutelle administrative du décentralisateur. Ici, c'est la dévolution de pouvoirs qui s'accompagne d'un transfert de compétences en matière d'émission de l'information juridique. Autrement dit, il s'agit, dans un système de communication donné, de la création d'un sous-système par la puissance politique.

A l'intention des juristes, on signalera que la théorie de la communication met en évidence le phénomène selon lequel il y a une dimension maximale pour chaque type de société humaine : c'est la taille au delà de laquelle la perte d'information est telle que la communauté n'est plus maîtrisable par ses dirigeants (par exemple, la ville de New-York par sa municipalité), en dépit des mécanismes de relais installés pour pallier ou atténuer ce défaut du système.

b) Le facteur **temps** joue aussi son rôle dans l'information comme dans la communication juridique. Il y a là un aspect extrêmement original des systèmes de communication et d'information juridique.

Dans la **communication**, on observe une plus efficace diffusion de l'information par le facteur temps : davantage de personnes sont informées (accroissement du cercle des "*informés*") ; approfondissement de l'information chez les premiers "*informés*" ; influence de la redondance de l'information dans sa diffusion ; rapidité plus ou moins grande de la transmission selon le degré d'alphabétisation ou d'instruction des destinataires, l'organisation des médias, etc...

Le temps exerce encore son influence sur l'**information** : il la prime en fait, sinon en droit. Chose plus cu-

rieuse, il peut créer les conditions d'acquisition d'un droit : acquisition d'un droit de propriété par usucapion, ou d'extinction d'un droit : prescription civile ou pénale. L'inconvénient réside dans l'absence de signal d'information du résultat acquis. Rien ne déclenche l'émission d'une information qui ferait connaître la nouvelle situation juridique apparue. Cette carence d'information peut être fâcheuse : comment savoir qu'un bien a changé de maître ou plutôt de propriétaire par usucapion ? Elle peut aussi être bénéfique : la prescription d'un délit ou d'un crime n'a pas à être proclamée ; le silence et l'oubli sont préférables.

c) L'élément de **lieu** constitue le support géographique, l'aire territoriale qui correspond au champ de diffusion de l'information.

Les canaux de la communication juridique doivent irriguer le territoire donné pour permettre une diffusion satisfaisante de l'information. Les mécanismes légaux (**Journal officiel** ; télégraphe) sont relayés par les media qui transmettent, commentent, critiquent l'information juridique et, par là, contribuent à la faire mieux connaître.

Le secours des media qui permettent la diffusion du même "*message*" dans les lieux les plus divers et les plus éloignés géographiquement de l'émetteur, contribue à réduire les inconvénients résultant de la dispersion des destinataires sur des territoires parfois physiquement séparés par des milliers de kilomètres (départements et territoires d'outre-mer).

Néanmoins, l'éloignement matériel fait obstacle à un phénomène appelé **interaction** qui correspond à l'échange des informations entre les destinataires. L'interaction facilite l'interprétation du "*message*" et contribue à sa bonne application. L'absence ou la faible interaction chez les Français de l'étranger ou ceux installés dans les départements d'outre-mer expliquent ce curieux sentiment d'abandon ou de laissé pour compte qu'éprouvent généralement ceux qui vivent loin de la métropole.

Une autre particularité de l'information juridique réside dans la quasi-impossibilité d'utiliser, pour sa transmission, tous les modèles de machines qui exigent une

simplification, voire une codification de l'information, pour la communication de celle-ci. Le texte écrit doit être reproduit intégralement à l'autre extrémité du circuit ; il est nécessaire de disposer de machines à clavier comportant tous les chiffres, lettres et signes de l'alphabet de la langue officielle utilisée. Même les textes transmis par voie télégraphique le sont généralement de manière intégrale et sans abréviation, pour éviter tout risque d'erreur ou d'interprétation au stade de la réception.

Cette contrainte exclut pratiquement toutes les machines électroniques basées sur la transmission d'informations sous forme codée. Ceci explique en partie les déceptions apportées par le recours inconsidéré aux ordinateurs, notamment dans les systèmes secondaires de communication juridique où la documentation tient une grande place.

d) Une autre variable à prendre en compte est l'**homogénéité** du groupe au sein duquel circule l'information juridique. La communication est plus aisée entre les membres d'un groupe homogène, par exemple la diffusion d'un code de déontologie dans un ensemble de médecins ou de membres des professions médicales. Le langage employé est déjà un langage spécialisé, connu de tous les membres du groupe professionnel, ce qui permet de représenter plus fidèlement et plus exactement l'information à transmettre. Les personnes ayant les mêmes intérêts se comprennent à demi-mot et sont familiarisées avec les notions émanant de l'émetteur (qui consulte souvent la fraction dirigeante du groupe socio-professionnel concerné). Il n'est pas nécessaire d'en dire plus long que "*pater is est...*" (sous-entendu "*quem nuptiae demonstrant*") ou "*nemo auditur*" (sous-entendu "*proprium turpitudinem allegans*") pour que les intéressés saisissent le renvoi à la règle juridique dont les premiers mots seuls sont cités.

Le risque existe alors de voir le groupe se replier sur lui-même et se constituer en monopole de fait ou de droit ; dans le groupe magistrats-avocats, la communication sera excellente, mais l'avocat constitue un intermédiaire, une "*interface*" nécessaire entre le justiciable et le juge, ce qui aboutit à la formation d'une rente de situation.

Ces diverses conditions commandent le bon fonctionnement d'un système de communication juridique. En revanche, il y a des obstacles dont l'apparition peut perturber la communication. Entre conditions et obstacles, il faut signaler l'existence, dans tous les systèmes de communication, d'un mécanisme connu sous le nom de filtre, et qui est, tout à la fois, un obstacle et une condition d'amélioration de la communication.

§ 2 - Le filtre

a) On désigne, sous le nom de filtre, un mécanisme destiné à canaliser l'ensemble des informations d'un système à travers un dispositif de sélection qui accepte ou refuse les informations en fonction des critères préalablement choisis.

Le filtre élimine les parasites dans un poste de radio ; c'est aussi l'écran coloré placé devant un objectif pour intercepter certains rayons du spectre. En matière de recrutement des professeurs d'université, la commission des spécialistes joue le rôle de filtre par rapport au conseil supérieur des corps universitaires : décret n° 79-684 du 9 août 1979, article 15.

b) Le rôle du filtre est de protéger le destinataire d'une arrivée en masse d'informations de qualité inégale dont certaines sont redondantes et d'autres surabondantes, et de lui fournir uniquement des renseignements directement utilisables.

c) L'utilité du filtre dont les procédures juridiques nous fournissent maints exemples (voir ci-dessus), est liée à son utilisation correcte. Cette évidence n'est pas toujours perçue. Ainsi des mécanismes de sélection de candidats prévus au XIXème siècle pour retenir deux impétrants sur dix postulants se sont révélés inadéquats pour pourvoir trente postes sollicités par une centaine d'intéressés. Des interventions humaines, telles que fraude, favoritisme, etc..., peuvent également fausser le fonctionnement du mécanisme de sélection.

Dans de tels cas, le filtre loin d'être une condition d'amélioration de la communication, devient un obstacle à celle-ci. La réaction sociale sera alors, le plus souvent,

non pas de remédier au fonctionnement défectueux de l'appareil (ou du processus), mais de supprimer celui-ci ou de le remplacer par un autre, neuf ou non rodé, avec tous les avantages de la nouveauté, et aussi tous ses inconvénients.

§ 3 - Les obstacles

a) Ce sont les différentes barrières qui se dressent pour ralentir, dévier ou empêcher la communication ou qui agissent sur l'information pour l'appauvrir, la déformer, la multiplier ou, au contraire, la faire disparaître plus ou moins totalement. Les obstacles apparaissent aux différents stades de transmission de l'information : émission, réception, transfert, etc...

Ce qui est vrai d'un processus technique, l'est aussi, et bien plus encore, d'un système plaqué sur la réalité socio-juridique. Plus celle-ci est complexe et artificielle, plus les risques de dysfonctionnement sont élevés. Ceux-ci tiennent autant à l'incompétence de certains "acteurs" qu'à l'incompréhension des uns vis-à-vis du "message" délivré par les autres (absence ou imperfection de l'"interface").

b) Au stade de l'émission, le détenteur d'informations peut volontairement retenir une partie de celles-ci. En effet, la détention de l'information est une forme et une source du pouvoir politique.

La tendance au secret existe, non seulement pour les affaires concernant la défense nationale ou la sécurité intérieure de l'Etat, mais encore dans tous les domaines où subsiste un pouvoir plus ou moins discrétionnaire de l'administration. On peut citer, à titre d'exemples, le refus (en 1966) de l'agence de défense des biens et intérêts des rapatriés de publier l'instruction ministérielle qui fixait les conditions d'ouverture du droit à indemnisation pour les réfugiés venant d'Algérie, ou, plus récemment, le refus (en 1979) du ministère de la Coopération de publier les textes régissant la reconstitution de carrière de ses agents contractuels.

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 édictant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, notamment le libre accès aux documents

administratifs (sous certaines conditions) amorce peut-être un revirement dans ce domaine.

c) Au niveau de la **réception**, les citoyens destinataires du "message" qui leur est destiné, sont rarement disposés à le recevoir : le nombre des informations est trop grand ; leur caractère est trop spécialisé. Seules, les informations juridiques de caractère général feront l'objet d'une publicité par la presse, à l'occasion de débats parlementaires soulevant des passions dans l'opinion publique. C'est le cas du projet de réforme du code pénal connu sous le nom de "*sécurité et liberté*" qui a soulevé de vives controverses dans le public, lors de sa discussion au Parlement.

En ce qui concerne l'information qui intéresse directement le destinataire, celui-ci n'a des chances de la percevoir que s'il l'attend, s'il la guette. Autrement dit, un certain conditionnement psychologique du destinataire est nécessaire pour capter l'information. Ce n'est pas une condition suffisante, car l'inattention, un voyage, les vacances, des soucis familiaux, des difficultés professionnelles -ou, tout simplement, le retard de l'émission-, sont autant d'obstacles à la réception de la communication, même par un destinataire averti.

L'information juridique, dans sa forme actuelle, est essentiellement écrite : elle n'est pas accessible aux analphabètes. Pratiquement, on peut dire qu'en dehors de la signalisation routière ou urbaine par panneaux ou feux électriques lumineux (clignotants ou tricolores), l'information juridique échappe à peu près totalement à la fraction de la population qui n'a pas atteint le niveau scolaire du certificat d'études primaires.

A côté de l'analphabétisation, une autre barrière importante est celle de la langue : les travailleurs immigrés qui sont soumis au minimum à la loi pénale française, ne peuvent connaître celle-ci que dans la mesure où ils apprennent à parler français. C'est le cas de la majorité, mais pas de tous.

Il y a également le problème des minorités linguistiques. Si aujourd'hui, les Occitans, Basques, Bretons, etc... sont pratiquement tous bilingues, en est-il de même dans les départements et territoires d'outre-mer ? Demain,

avec le renouveau des langues régionales, la question se posera peut-être en France métropolitaine, comme elle se pose dès maintenant en Espagne, avec le catalan et le basque.

Il est certain que l'émetteur et le destinataire ne parlent pas la même langue, il y a un risque de distorsion. Certes, on peut toujours recourir à une traduction, soit officielle, soit officieuse, mais celle-ci, qui constitue une interface supplémentaire, augmente les possibilités d'infidélité à l'original.

d) Au stade de la **transmission** de l'information, interviennent deux sortes principales d'intermédiaires que l'on peut désigner sous le nom d'**amateurs** et de **professionnels** de la communication juridique.

Les amateurs sont les diverses personnes ou organismes qui participent, de près ou de loin, verbalement ou par écrit, à la communication de l'information juridique : journalistes non spécialisés ; justiciables intéressés ; etc... Le risque inhérent à ce canal de communication réside dans la subjectivité des intermédiaires et l'à-peu-près des informations transmises, autrement dit, dans l'absence d'authenticité de ces dernières. L'intermédiaire peut même devenir un écran dans la mesure où il simplifie abusivement, interprète à sa manière (subjectivement), ou occulte une information qui lui est défavorable.

Les professionnels sont les diverses personnes ou les organismes qui ont vocation à diffuser l'information juridique par les canaux dont ils disposent : direction des Journaux officiels ; maisons d'éditions juridiques ; membres des professions juridiques ou judiciaires ; etc... Cette voie de communication présente le risque d'appropriation de l'information juridique, soit à des fins de pouvoir, soit à des fins lucratives. Il existe une tendance à se réserver l'information pour soi de manière à être en situation de monopole et de supériorité vis-à-vis du public qui est pourtant le véritable destinataire. Par là, on touche aux obstacles de nature économique qui obèrent le fonctionnement du système.

e) Les canaux de la communication juridique relèvent les uns du service public, les autres de l'initiative privée.

Dans le premier cas, leur coût est, sinon gratuit, du moins faible ; dans le second, l'utilisation du canal sera fonction de la rentabilité espérée par l'entrepreneur.

Lorsque la puissance publique (Etat ou collectivités locales) décide de donner une large diffusion à une information juridique (par affiches, tracts, brochures, études de spécialistes, etc...), elle est seule à en assumer le coût qui est en définitive, supporté par le contribuable. En revanche, l'éditeur privé n'exposera de frais que si des bénéfices sont espérés : il sollicitera des subventions pour l'impression des thèses de doctorat ; il lancera des souscriptions ; il recevra des aides publiques ou privées ; etc...

On peut caricaturer la situation de la manière suivante : il y a, d'un côté, une information juridique qui est gratuite et accessible à tous, mais inutilisable en pratique, - et, de l'autre, une information juridique "*traitée*" (depuis la chronique spécialisée d'un périodique jusqu'à la consultation d'un jurisconsulte), mais dont l'accès est payant (achat de la revue ; paiement de la consultation de l'avocat).

Il faut signaler, à ce propos, le phénomène psychologique suivant : plus la société est instruite, plus elle est avide d'information juridique. On en trouve une illustration dans la multiplication des chroniques juridiques dans les magazines féminins ou hebdomadaires à grande diffusion, tel **Paris-Match**, ainsi que dans le succès de revues de vulgarisation juridique comme **Le Particulier** ou **Intérêts privés**.

Bien mieux, cette société à haut niveau de vie réclame une information gratuite et de qualité supérieure ; elle exige une justice gratuite (ce qui a été partiellement réalisé par la suppression des frais de justice) ; elle a obtenu une assistance judiciaire élargie donnant droit aux services gratuits des auxiliaires de justice (par la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire) ; elle souhaite une véritable "*sécurité*" juridique, notamment par la restriction de la liberté de décision du juge dont les fluctuations en matière pénale ou d'indemnisation sont d'autant plus vivement contestées que la diffusion des arrêts est plus large.

f) Restent enfin les contraintes techniques. Paradoxalement, les technologies les plus avancées : informatique, bureautique, photocomposition, télétransmission, etc..., ont davantage contribué à jeter la confusion dans les esprits qu'à améliorer la communication juridique.

C'est que les procédures législatives, administratives, judiciaires n'ont pas évolué au même rythme : avec la répercussion des débats parlementaires dans la grande presse ou par la télévision, certaines personnes réclament le bénéfice de mesures qui sont encore en discussion devant les chambres.

De plus, les juristes n'ont pas encore réussi la maîtrise totale des nouveaux outils technologiques, en dépit de nombreuses tentatives dans ce domaine (7).

Peut-être, la spécificité du langage juridique qui est difficilement réductible à une suite de mots-clé (notamment pour la législation et la réglementation), est-elle l'obstacle majeur dans ce domaine (8) ? En revanche, l'utilisation de la reprographie, des machines à traitement de textes, etc..., contribuera, après les inévitables tâtonnements du début, à un meilleur fonctionnement de la machine judiciaire (cours et tribunaux), mais nous sortons ici du système secondaire (chaînes documentaires) qui est apparu pour pallier les lacunes constatées dans l'ensemble existant.

II - LE SYSTEME SECONDAIRE DE COMMUNICATION JURIDIQUE

Postérieur par définition au système primaire, le système secondaire de communication juridique repose sur lui et n'existe pas en dehors de lui. Il comprend l'ensemble des moyens complémentaires dont disposent les juristes pour accéder à l'information juridique.

(7) Voir : Jean-Paul Buffelan, "Les expériences françaises et étrangères de documentation juridique automatique", annexe V de l'ouvrage d'Henriette Mignot et Jean Delahodde, Le traitement de l'information juridique, Paris, Librairies techniques, 1968.

(8) Voir : Jean-Paul Buffelan, "Les obstacles linguistiques à la communication socio-juridique", communication au 11ème congrès des sciences de l'information et de la communication, Bordeaux, 22-23-24 mai 1980.

Le système primaire produit des textes de loi ou de règlements, des jugements et arrêts, des usages et des conventions collectives transcrits dans des journaux officiels et bulletins administratifs, recueils de jurisprudence, formulaires professionnels, répertoires, traités, manuels, précis et autres ouvrages de doctrine.

Le système secondaire rassemble les diverses opérations constituant une chaîne documentaire, notamment la collecte des documents, l'identification et la description de ceux-ci, l'extraction de l'information caractéristique, la représentation du critère retenu dans un langage adéquat (codage au sens technique), la mise en mémoire, le stockage de l'information, le contrôle de l'information, la constitution de fichiers, l'interrogation de ces derniers pour retrouver l'information, la livraison du renseignement à l'utilisateur qui la sollicite.

Ces opérations sont effectuées dans des bibliothèques, des centres de documentation et, surtout, dans les maisons d'éditions juridiques. Elles aboutissent à la production de fichiers de bibliothèques, de catalogues, de bibliographies, de tables et index, mais aussi de codes annotés, de répertoires alphabétiques sur feuillets mobiles, etc...

Une forme particulière de produits est la banque de données juridiques dont il existe plusieurs sortes en France, à des niveaux divers d'expérimentation ou de réalisation (par exemple, Jurisdata aux Editions techniques, Paris). Dans ces organismes, les informations sont réunies, traitées et mises à la disposition des utilisateurs, soit sous forme d'interrogations ponctuelles, soit sous la forme de diffusion sélective sur profil (par exemple, de tous les nouveaux arrêts en matière de transport aérien).

Au départ, les données viennent du système primaire ; toutefois, leur collecte, leur traitement et leur diffusion constituent un système secondaire qui a sa finalité propre. Ce système est manipulé par des spécialistes, appelés parfois documentalistes, héritiers d'une longue tradition de documentation juridique. Le poids de celle-ci a parfois engendré la crainte du progrès technique ; il n'a pas arrêté le renouveau des techniques documentaires.

§ 1 - Les relations humaines, aide ou obstacle

Un système secondaire de communication juridique n'est pas seulement une chaîne d'opérations matérielles ; c'est aussi une équipe de juristes au service d'un projet. Celui-ci vaudra ce que valent les hommes chargés de sa mise en oeuvre. Ils sont une aide ou, au contraire, constituent un obstacle.

L'aide apportée par les bibliothécaires ou les juristes-documentalistes est précieuse, tant à l'étudiant ou au débutant qu'au juriste confirmé qui ne peut pas tout savoir. Dans cette perspective, c'est l'utilisateur qui émet la demande d'information. L'employé est l'intermédiaire par le canal duquel sont fournis soit les documents, soit les informations permettant de trouver les documents désirés par le demandeur.

Généralement, des relations confiantes s'établissent entre bibliothécaires et juristes demandeurs, l'expérience des uns complétant heureusement la science des autres. Toutefois, le juriste dès qu'il le peut, souhaite chercher seul ; ce sera exclusivement en cas de quête infructueuse que certains se résigneront à faire appel au préposé. Si ce dernier sort, sans y être invité, de son rôle d'aiguilleur pour donner un avis juridique, il risque de choquer ou d'agacer son interlocuteur : il constitue alors un obstacle à la communication juridique.

Cette barrière peut être levée si la cellule documentaire est de dimensions restreintes : cabinet d'avocat ; salle de travail de faculté ; bibliothèque des magistrats ou de l'ordre des avocats ; etc... Le climat de courtoisie et d'urbanité qui règne habituellement dans ces microcosmes, facilite le travail et les recherches. Il n'en va pas toujours de même dans les grandes bibliothèques où le formalisme et le caractère impersonnel découragent les chercheurs et rebutent souvent les étudiants.

Une autre contrainte réside dans le sentiment d'anxiété qui a saisi les personnels de documentation devant l'arrivée de l'informatique dans les techniques documentaires.

§ 2 - La crainte du progrès technique

Le lancement du plan calcul en 1967, le développement des applications de l'informatique dans tous les domaines ont été des facteurs d'inquiétude pour les documentalistes en général et, plus particulièrement pour les juristes-documentalistes (travaillant dans les grands centres de documentation ou dans les maisons d'éditions juridiques).

Des machines de toutes sortes, dont l'ordinateur apparaît comme l'emblème, sont apparus dans les coulisses des organismes documentaires: lecteurs de microfiches ; photocopieuses ; machines à écrire à bandes perforées ou à bandes magnétiques ; appareils de reproduction des fiches de catalogue ; terminaux d'ordinateur ; etc...

Du côté de l'utilisateur, est née une espèce de malaise devant la disparition de l'accès direct aux instruments de travail : au lieu de fureter soi-même, il faut remplir des fiches de demandes de documentation et passer par l'intermédiaire d'un homme et d'une machine. Pour celui qui a l'habitude de fouiller dans les fichiers et d'aller directement se servir aux rayons, il en résulte un certain sentiment de frustration. Quelques-uns préféreront abandonner une bibliothèque trop mécanisée pour se réfugier dans les "*librairies*" plus modestes d'instituts ou de départements de recherche. En revanche, ceux des chercheurs qui peuvent aller "*pianoter*" eux-mêmes sur le clavier du terminal, sont satisfaits des innovations technologiques. La présentation par le jeune clerc à son patron d'un dépouillement de jurisprudence sur un sujet donné après une interrogation de quelques minutes fait toujours une forte impression. Devant les facilités d'une telle rapidité, les candidats à l'agrégation des facultés de droit deviennent des clients captivés par les possibilités de l'informatique juridique.

Du côté du documentaliste, la première réaction devant l'invasion des machines a été la peur des réductions d'emploi et de la mise au chômage. Le sentiment de l'efficacité des machines et de l'allègement des servitudes matérielles est venu contrebalancer, en partie seulement, la réaction de crainte. Il s'y est ajouté la nécessité du recyclage pour apprendre à se servir des nouvelles ma-

chines. Un clivage s'est opéré dans le personnel entre les partisans et les adversaires des nouveautés, la force d'inertie, l'approche de la retraite, la fuite des responsabilités l'emportant souvent sur le travail mieux fait, un meilleur service du public, l'intérêt des nouvelles activités, l'espoir de promotions possibles.

§ 3 - Le renouveau des techniques documentaires

Le progrès technique a été la source d'un renouveau général dans les techniques documentaires. Qu'il s'agisse de la description des documents, de l'analyse de contenu, de la représentation de l'information, de l'élaboration de nouveaux instruments de travail, de l'interrogation ponctuelle d'un **corpus** documentaire ou de diffusion sélective sur profil, il y a une transformation des procédés de documentation traditionnels et une adaptation aux possibilités nouvelles qu'offrent les plus récents matériels.

Sur ce chapitre, il faut bien reconnaître que les juristes, dans leur majorité, restent dans l'expectative. Seuls, quelques centres professionnels (notamment les C.R.I.D.O.N. des notaires) qui disposent d'importants moyens financiers, se sont lancés dans ce qu'il est convenu d'appeler "*l'informatique juridique documentaire*". Il y a diverses raisons à cet attentisme. D'abord, le juriste est un conservateur et n'aime guère changer ses habitudes, s'il n'en retire un profit immédiat, ce qui n'est pas évident. Ensuite, la taille restreinte des cellules documentaires (souvent réduites à deux ou trois personnes au maximum) interdit d'envisager une informatisation trop coûteuse. Enfin, la spécificité de la documentation juridique fait préférer la pertinence à la rapidité, la qualité à la quantité, toutes choses pour lesquelles la compétence de l'homme l'emporte sur la masse des informations mémorisées.

Par ailleurs, l'évolution accélérée des techniques documentaires, l'apparition incessante de nouveaux matériels toujours plus perfectionnés constituent un phénomène qui n'échappe ni aux documentalistes professionnels, ni aux juristes praticiens. Or, les produits élaborés avec les nouvelles méthodes rivalisent difficilement avec les résultats obtenus par les procédés traditionnels. Il semble y avoir des faiblesses dans les nouvelles conceptions

et personne n'est très désireux d'essayer les plâtres. Seule, la photocopie a conquis droit de cité dans le monde du droit. En revanche, la micrographie, sur laquelle est fondé notamment le système documentaire DARIUS (9), et l'informatique ne sont encore utilisées que par des précurseurs. Même les bibliographies juridiques, traitées en ordinateur, mais éditées sur papier, sous forme de revues traditionnelles, n'ont pas réussi à s'imposer : c'est le cas de **Jurindex** (10) qui avait été lancé par les éditions Masson, avec le concours scientifique de l'Institut de Recherche d'Informatique Juridique de l'Université de Paris-Sud. Peut-être, la miniaturisation des ordinateurs ouvrira-t-elle une nouvelle voie dans ce domaine ? Pour l'instant, les quelques banques de données juridiques existantes (CEDIJ, SYDONI, LEXIS, JURIS-DATA notamment) restent d'utilisation restreinte et de coût élevé.

En conclusion de cette brève analyse du cadre de la communication juridique, nous sommes amenés à constater que, dans les ensembles complexes des sociétés post-industrielles où nous vivons, les facteurs humains et sociaux l'emportent en importance sur les aspects techniques, et qu'ils sont bien plus difficiles à maîtriser que ces derniers.

Le progrès technique n'améliore la communication juridique que dans la mesure où il est mis au service et à l'écoute de l'homme, et non l'inverse.

(9) Voir : Jean-Paul Buffelan, "Du nouveau en documentation : le système de communication Darius" art. dans la Revue administrative, n° 207, mai-juin 1982, p. 321 à 324.

(10) Jurindex, l'actualité bibliographique du droit français, Paris, Masson, 1971 ; 4 cahiers de sommaires plus un volume de tables et index.

FAUSSES DROITES, CENTRES MORTS ET VRAIS MODÉRÉS

dans la vie politique française contemporaine

par

Frédéric BLUCHE et

Stéphane RIALS

Maître-assistant
à l'Université
de Paris II

Professeur agrégé
des facultés de droit
à l'Université de Caen

A M. Guy AUGÉ

Les études politiques sur la droite française sont régies depuis une trentaine d'années par les thèses de M. René Rémond. Son ouvrage, devenu un classique, a connu quatre éditions, la plus récente en 1982 sous le titre **Les droites en France** (1). Quoique augmentée en volume, cette dernière est restée fidèle au propos initial de l'auteur. On sait que M. Rémond considère la droite comme un ensemble à plusieurs composantes. Celles-ci, au XIXème siècle, sont au nombre de trois, apparues dans un ordre presque chronologique : le légitimisme, l'orléanisme, le bonapartisme. La complexité croissante de la vie politique à la fin du XIXème et au XXème siècle, la multiplicité de ses courants conduisent l'auteur à nuancer la classification de base, sans que soit pour autant remise en cause cette espèce de tripartition fonctionnelle. Chacune des trois "*droites*" originelles aurait eu ses avatars successifs ; chaque courant de la "*droite*" d'aujourd'hui serait l'héritier de l'une -parfois deux- d'entre elles.

(1) René Rémond, *Les droites en France*, Aubier, 1982 (titre ancien : *La droite en France*).

Les thèses de M. Rémond constituaient en leur temps une bonne hypothèse de travail. Elles auraient pu ouvrir la voie à de larges débats, autorisant le cas échéant un ou plusieurs *mea culpa*. Il n'en a rien été. Le succès aidant, la thèse s'est figée, et avec elle ses erreurs de perspective et d'interprétation. Ces erreurs sont principalement au nombre de deux. La première provient d'une confusion entre la droite et les centres au XIX^{ème} siècle. La seconde, qui vient d'être suggérée, consiste à vouloir établir des filiations entre ces courants anciens et les tendances actuelles. Au risque délibérément assumé d'une accusation de sacrilège, nous proposerons ici une interprétation en tout point différente.

I. CENTRISME ET DROITISME AU XIX^{ème} SIÈCLE

Deux courants essentiels de la vie politique française au XIX^{ème} siècle sont habituellement classés "*à droite*". Il s'agit du bonapartisme et de l'orléanisme. Malgré le démenti nuancé apporté par M. Maurice Duverger (2), cette classification arbitraire a la vie dure. Pourtant elle ne résiste guère à l'examen.

Le bonapartisme est-il une droite ?

Rien ne permet d'affirmer que le bonapartisme, en son temps, fut un courant politique de droite. Dès le Consulat et le premier Empire, il doit être considéré comme le fixateur des acquis de la Révolution dite modérée (celle de 1789-1791), sans désaveu réel de la Révolution jacobine. Les aspects monarchiques et conservateurs du régime (le sacre et le couronnement, la noblesse impériale, le mariage autrichien, l'utilisation des élites d'ancien régime, etc.) ne suffisent pas à remettre en cause cet ancrage fondamental. Napoléon, d'ailleurs, a frappé aussi rudement -sinon plus- son opposition de droite (royaliste) que son opposition de gauche (les Jacobins non ralliés). L'Europe ne s'y était pas trompée, qui voyait en lui le propagateur sur le continent des principes révolutionnaires. L'épisode des Cent-Jours et les écrits de Sainte-Hélène le confirment sans équivoque (3). Louis-Napoléon Bonaparte a poursuivi

(2) Maurice Duverger, *La démocratie sans le peuple*, 1967.

(3) Frédéric Bluche, *Le bonapartisme*, Nouvelles éditions latines, 1980, p. 85-94.

dans cette voie. Nourri du **Mémorial de Sainte-Hélène** qu'il démarque assez patement dans sa grosse brochure **Des idées napoléoniennes** (1839), le neveu de Napoléon se considérera toujours, par sentiment et avec une parfaite bonne foi, comme un homme de gauche. L'homme qui avait publié en 1844 la fameuse **Extinction du paupérisme** n'hésitait pas à se qualifier lui-même de "*républicain*", voire de "*socialiste*". Quant à son programme et à ses réalisations concrètes, ils puiseront très largement dans ceux de son oncle : volonté de fusion nationale au-dessus des "*partis*" ; attachement sincère aux acquis de la Révolution française ; souveraineté populaire (dévoyée sous le premier Bonaparte, canalisée sous Napoléon III avant la mise en forme théorique de "*l'appel au peuple*" au début de la IIIème République) ; primat de l'égalité sur les libertés formelles mais volonté (affectée chez l'oncle, réelle chez le neveu) de libéraliser le régime impérial lorsque celui-ci serait solidement assis ; une pointe d'anticléricalisme (qui n'exclut pas l'utilisation de l'Eglise au service du pouvoir dans le cadre de l'alliance du Trône et de l'Autel) ; thèmes fondamentaux auxquels Napoléon III ajoutera un humanitarisme teinté de saint-simonisme, conforme à la vulgate socialisante de son temps (4). Certes -face à une aile gauche toujours présente, depuis les terroristes ralliés en l'an VIII jusqu'au "*républicanisme*" social du prince Napoléon (Jérôme) en passant par les conspirateurs brouillons de la Restauration- le bonapartisme a toujours eu son aile droite, que représentent non sans panache les "*Arcadiens*" et la famille Granier de Cassagnac ; mais cela ne suffit pas pour donner une définition "*droitière*" à un courant composite par essence.

La géographie électorale du bonapartisme, trop longtemps négligée, vient confirmer cette proposition. L'utilisation des résultats électoraux est délicate, car ces derniers ont une valeur très inégale. Il faut par exemple écarter les élections du second Empire ; en effet, l'affiche blanche des candidats officiels fut généreusement accordée à des conservateurs ralliés qui n'étaient pas bonapartistes. Les fameuses élections de 1849 seraient plus intéressantes. Plusieurs monographies, notamment la thèse classique de M. Louis Chevalier (5) pour la région parisienne, étudient

(4) Ibid., p. 229-258, 299-320 et 331-338.

(5) Louis Chevalier, Les fondements économiques et sociaux de l'histoire politique de la région parisienne (1848-1870), 1950, thèse dactylographiée.

les candidatures bonapartistes en marge de celles du "*parti de l'ordre*". Mais on ne dispose pas de tous les chiffres départementaux et, il faut le noter, les cas répertoriés font apparaître un courant très moderniste, en aucun cas un courant de droite (6). Reste par conséquent la série constituée par les sept plébiscites napoléoniens (de 1799, 1802, 1804, 1815, 1851, 1852 et 1870) et l'élection présidentielle du 10 décembre 1848 (7). A partir de leurs résultats, il est possible de dessiner grossièrement la carte du bonapartisme plébiscitaire (8). L'indice pondéré retenu (9) permet d'établir une gradation simple dont on se contentera de citer trois extraits :

1. Corse. 2. Hautes-Pyrénées. 3. Nièvre. 4. Charente.
5. Aube. 6. Landes. 7. Deux-Sèvres. 8. Moselle.
9. Ain. 10. Corrèze. 11. Meurthe. 12. Meuse.
13. Dordogne. 14. Haute-Marne. 15. Oise.....

40. Indre. 41. Saône-et-Loire. 42. Orne. 43. Seine-et-Oise.
44. Lozère. 45. Allier. 46. Isère. 47. Creuse.....

77. Rhône. 78. Finistère. 79. Morbihan. 80. Gard.
81. Hérault. 82. Loire-Inférieure. 83. Vaucluse.
84. Var. 85. Seine. 86 (et dernier). Bouches-du-Rhône.

(6) Les bonapartistes ne présentent en effet des listes autonomes qu'en l'absence de danger "démoc.-soc.". Dans le cas contraire, ils se rallient faute de mieux aux candidats de l'ordre ou proposent le panachage.

(7) Louis-Napoléon était certes le candidat de la rue de Poitiers, mais l'élection du 10 décembre est un exemple saisissant d'un état-major politicien dépassé par un raz-de-marée électoral. La nature semi-plébiscitaire de la consultation justifie par conséquent son adjonction à la série.

(8) Nous reconnaissons volontiers que la carte publiée in Frédéric Bluche, *Le bonapartisme*, P.U.F., *Que sais-je*, 1981, p. 6, établie à partir d'un critère simpliste (résultat supérieur ou inférieur à la moyenne nationale, la même valeur étant attribuée à toutes les consultations), est périmée.

(9) Pour faire une juste part entre l'abstentionnisme oppositionnel et le vote négatif, on a rapporté au nombre des inscrits la différence entre les votes favorables et les votes hostiles. Afin de traduire l'évolution du phénomène, liée à l'acclimatation progressive du suffrage universel, il a été attribué à chaque consultation un coefficient croissant de 1 à 8. Les indices obtenus s'échelonnent entre 12,08 pour les irréductibles Bouches-du-Rhône et 76,46 pour une Corse décidément unanime.

Pour qui connaît un peu la géographie politique de la France au XIXème siècle, cette liste est suffisamment explicite. Massé dans le Nord-est et dans le Centre-ouest/Sud-ouest, le bonapartisme ne correspond ni à la France "de droite", ni à la France "traditionnelle", ni à la France "de gauche", ni à la France "moderne" (10). Il obtient plutôt de meilleurs résultats dans la France moderne ou "moderniste", mais il occupe plusieurs bastions dans des régions archaïques qui, pour un certain nombre d'entre elles, deviendront des bastions républicains ou même radicaux sous la IIIème République. Dans l'Ouest, la coupure entre les régions favorables et les régions réticentes reproduit très souvent, quoique grossièrement, la frontière entre l'Ouest "bleu" et l'Ouest "blanc" (royaliste). Et ce sont les régions "bleues" qui votent bonapartiste.

Quelle que soit la méthode adoptée, on aboutit toujours à une négation de la définition "droitière" du bonapartisme. Il y eut toujours des hommes de droite ralliés au bonapartisme ou égarés dans ses rangs, mais sur la longue durée (de l'an VIII à 1870, et même au-delà) le bonapartisme est essentiellement un centrisme. Un centrisme **autoritaire**. Un centre n'est pas une droite, et surtout pas celui-là (11).

L'orléanisme serait-il une droite ?

Au risque -réitéré- d'être taxé de contradiction systématique, il faut appliquer la même logique à l'orléanisme. Idéologiquement, l'orléanisme en son temps n'est pas non plus une droite. Comme le bonapartisme, mais sur un registre différent, il entend dès avant 1830 intégrer les acquis de la Révolution. Que l'on songe à l'attitude supérieurement habile de Louis-Philippe, fils de Philippe Egalité, combattant de Jemappes, dès sa désertion forcée au côté de Dumouriez en avril 1793 ; à son refus de rallier les rangs de la contre-révolution ; à son rôle ambigu sous la Restauration, à la frontière du loyalisme et de la subver-

(10) Nous étudierons plus loin cette distinction entre France "traditionnelle" et France "moderne".

(11) M. Rémond ne rejette pas l'idée d'un centrisme, au demeurant considéré comme instable, mais il inclut le bonapartisme dans la droite dès après le coup d'Etat du 2 décembre 1851 qui aurait scellé le sort "droitier" de celui-ci. Là est l'erreur. Même après 1851-1852, à la grande époque des ralliements conservateurs et du soutien clérical, le bonapartisme n'a pas changé de nature.

sion. Sous la monarchie de Juillet, la symbolique du drapeau tricolore, l'amende honorable accordée aux "victimes" de Louis XVIII et de Charles X et la reconnaissance de fait de la souveraineté nationale (même médiatisée à l'excès) suffisent à écarter l'appellation de "droite". Certes on a vu se développer sous Guizot la thèse conservatrice de la "quasi-légitimité" de Louis-Philippe, fondée sur l'opposition des deux formules "parce que Bourbon" et "quoique Bourbon" ; mais le caractère artificiel, alambiqué et, de toute évidence, conjoncturel de cette fausse théorie lui retire tout crédit. Elle n'était destinée qu'à estomper les contradictions internes d'un régime ambigu dans son essence même. La monarchie de Juillet, selon deux points de vue, reposait sur une usurpation, Louis-Philippe ayant soit pris la place du roi légitime Charles X, soit bafoué les aspirations républicaines des émeutiers de 1830.

Il est vrai que sous Juillet la "résistance" a pris le pas sur le "mouvement" et que la gauche dynastique s'est détachée de l'orléanisme proprement dit. Mais l'orléanisme s'est constamment défendu (souvent en attaquant). Contre la droite d'abord, en brisant le sursaut légitimiste des premières années qui culmine avec la malheureuse tentative insurrectionnelle de la duchesse de Berry en 1832. Ensuite et surtout contre une gauche de plus en plus républicaine. Il s'est trouvé, de ce fait et selon la formule consacrée, "rejeté à droite". Mais la préposition doit avoir un sens fort en l'occurrence. Rejeté à droite -ou mieux **sur la droite-**, l'orléanisme n'est pas pour autant **de** droite. Il y a là plus qu'une nuance.

La géographie électorale de l'orléanisme est encore plus flottante que celle du bonapartisme. C'est pourquoi la contre-épreuve est ici plus délicate à fournir. Existe-t-il une géographie de l'orléanisme ? Celle-ci est faussée dès l'origine par plusieurs données : 1°) le suffrage censitaire sous la monarchie de Juillet ; 2°) l'existence, sous la seconde République, du "parti de l'ordre", coalition électorale et politique réunissant les adversaires de la République, conglomerat multiforme où l'orléanisme au sens strict a tendance à se noyer ; 3°) la candidature officielle du second Empire qui permit à Napoléon III d'accorder l'affiche blanche à des conservateurs dont il est difficile de connaître les convictions intimes.

Il est possible, toutefois, de rechercher, par éliminations successives, une aire géographique minimum dont on puisse affirmer sans risque d'erreur qu'elle est "*orléaniste*". En écartant tour à tour les départements les plus légitimistes, les plus bonapartistes et les plus "*démocrates-socialistes*" (en 1849) (12), il ne reste qu'une dizaine de départements relativement "*vierges*". Cette carte sommaire n'ayant aucune valeur en elle-même, elle peut être comparée à celle des hautes eaux de l'orléanisme aux élections de 1871 qui ont donné la moitié des sièges (au moins) aux orléanistes dans vingt départements. Superposées, les deux cartes délimitent une sorte de "*réduit*" commun formé de cinq départements : la Seine-Inférieure, l'Eure, l'Orne, le Calvados et la Manche (auxquels on pourrait à la rigueur ajouter la Gironde, département où les orléanistes ont frôlé de près la majorité en 1871). Le regroupement, saisissant, n'est pas le fruit du hasard. Les cinq départements normands constituent vraisemblablement l'archétype de l'électorat orléaniste. Les querelles religieuses de la III^{ème} République, la poursuite de l'industrialisation, la proximité toujours plus pesante de Paris, le développement de l'axe de communications de la Seine allaient plus tard séparer la Haute et la Basse-Normandie, mais avant 1870 la relative homogénéité politique de cette province ne fait guère de doute. L'électorat normand était conservateur avant tout et fortement attaché aux valeurs matérielles (à bien des égards, il l'est encore). Sauf dans certaines zones de la Manche et, dans une moindre mesure, du Calvados et de l'Orne, l'orléanisme n'était que très peu concurrencé par la droite légitimiste. Cet électorat normand sera assez largement rejeté à droite ; il n'était pas foncièrement **de** droite.

Quant à l'orléanisme lui-même, pour lui aussi la définition centriste seule s'impose. Il s'agit d'un centrisme, un centrisme **conservateur** et, dans l'ensemble, libéral et favorable aux solutions parlementaires.

(12) Voir Jacques Bouillon, "Les démocrates-socialistes aux élections de 1849", Revue française de science politique, 1956, p. 70-95.

II. LA DROITE FRANÇAISE AU XIXÈME SIÈCLE

Pour la France du siècle dernier, il ne peut y avoir d'autre définition de la droite que celle-ci : **la droite, c'est ce qui rompt avec l'acte fondateur de la France moderne, la Révolution. C'est la Contre-révolution.** Par conséquent, après l'ère des complots sous la Révolution et sous le Consulat, après les hautes eaux de l'ultra-royalisme sous la Restauration, la droite après 1830 est, pour l'essentiel, le légitimisme. Plus précisément la fraction du légitimisme -majoritaire à la base de celui-ci- qui est peu ou pas séduite par les sirènes idéologiques (plus ou moins identifiées) de la première révolution, et qui rejette le légitimisme libéral d'un Falloux ou d'un Berryer et le royalisme "*national*" de la **Gazette de France** (13). Courant minoritaire depuis longtemps, la véritable droite ne représente peut-être que 15 à 20 % des Français au XIXème siècle selon les périodes (14).

La géographie du légitimisme permet de mieux connaître et comprendre cette droite (15). Elle fait apparaître dix départements favorables sur l'ensemble de la période allant de 1831 à 1876 : le Finistère, le Morbihan, l'Ille-et-Vilaine, la Loire-Inférieure, la Mayenne, le Maine-et-Loire, la Haute-Garonne, l'Ariège, le Gard et le Nord. Vient ensuite la Vendée, favorable surtout après 1848 (16), puis les Bouches-du-Rhône, favorables jusqu'à la fin de la seconde République. Seize départements sont plutôt favorables sur l'ensemble de la période : Côtes-du-Nord, Deux-Sèvres, Vienne, Lot-et-Garonne, Gers, Tarn-et-Garonne, Aveyron, Lozère, Hérault, Vaucluse, Haute-Loire, Loire, Puy-de-Dôme, Corrèze, Nièvre, Somme. Trois départements sont plutôt favorables au légitimisme après 1848 : la Sarthe, la Creuse et l'Allier. Le Tarn, enfin, était plutôt favorable, mais seulement avant 1848, sous le régime censitaire. A ces

(13) Stéphane Rials, *Le légitimisme*, P.U.F., Que sais-je, 1983.

(14) Le légitimisme regroupe sans doute, à ses époques d'apogée et toutes nuances confondues, un quart de l'électorat.

(15) Stéphane Rials, *op. cit.*, p. 29.

(16) La bourgeoisie censitaire et les villes sont "bleues" en Vendée. Seul le suffrage universel, en rendant sa suprématie aux campagnes, permet de restituer à ce département sa coloration "blanche", traditionnelle depuis 1793.

trente-deux départements, on ajoutera vingt et un autres où la tendance au légitimisme est soit irrégulière, soit trop résiduelle, et qui se répartissent dans l'Ouest intérieur, le Sud-ouest et le Sud-est. Le quart nord-est du pays se révèle dans l'ensemble réfractaire.

Que signifie cette carte ? Elle recoupe largement -mais pas complètement- celle de ce qu'on appellera la "*France traditionnelle*". Nous entendons par France "*traditionnelle*" les régions définies par certaines variables sociales dont quelques-unes sont aisément quantifiables (alphabétisation, vocations ecclésiastiques, proportion d'écoles mixtes, proportion de femmes sachant seulement lire et non écrire, proportion d'habitants nés hors du département considéré, proportion de la population éparsée, fréquence des divorces après la loi Naquet, etc.), d'autres beaucoup plus difficilement (pratique religieuse effective, attachement de type traditionnel à la religion catholique, faible densité en moyens de communication, archaïsmes techniques, etc.). Toutes ces données, cumulées, font apparaître une France traditionnelle -assez faiblement alphabétisée, attachée en général à la religion, où les femmes sont moins instruites qu'ailleurs, où l'on refuse l'émigration et où les immigrants sont peu enclins à s'installer, où l'habitat est en général dispersé, où l'on divorcera très peu, où les communications sont difficiles et les techniques rudimentaires- massée au sud d'une ligne joignant Saint-Malo aux Alpes, autour de deux pôles principaux : le Massif central et le Massif armoricain. Si toute "*région traditionnelle*" n'est pas automatiquement acquise au légitimisme (le Cantal, le Lot, l'Ardèche, la Haute-Vienne, les Landes, par exemple), il y a bien peu d'exemples de royalisme fidèle en dehors des zones traditionnelles : le Nord et la Somme sont les seules exceptions notables avec, dans une bien moindre mesure, le Gard et la Haute-Garonne. C'est dans la France traditionnelle -retardataire, diraient les statisticiens et les économistes- que le légitimisme a puisé durant des décennies l'essentiel de ses forces vives.

Il n'est donc pas surprenant que cette droite se soit dégradée au fur et à mesure de la dé-traditionalisation de la société française, le Midi ayant fléchi avant l'Ouest qui demeurera fidèle plus longtemps. Car le légitimisme est la fidélité spontanée des sociétés traditionnelles à

leur propre modèle ressenti -ce concept est fondamental- comme **naturel** et insusceptible d'une quelconque délibération sur sa validité. Le légitimisme est la traduction politique -plus ou moins maladroite en tant que "*politique*"- de certaines structures sociales traditionnelles, la manifestation d'une mentalité enfouie au plus profond de certains rapports sociaux immémoriaux. Etant plus social que politique, il éprouve des difficultés à se traduire en termes spécifiquement politiques. Il est plutôt nostalgie d'un "*avant*" de la politique, nostalgie de l'ordre spontané, "*autogénéré*", de la société traditionnelle. Cette dernière, sans être pluraliste, n'est pas totalitaire car elle n'a pas à abolir une distance de la conscience -une "*réflexivité*"- par rapport à des mécanismes sociaux immédiatement vécus. Elle n'a pas non plus à combattre pour un ordre extérieur, puisque son ordre est ressenti comme permanent, intemporel, anhistorique, naturel, providentiel. La droite du XIXème siècle est surtout nostalgie d'une société organique, communautaire, hiérarchique, paternelle et ayant le sens de la transcendance. Mais dans la mesure où il se fait mouvement politique et veut en quelque sorte recréer de l'"*incréé*", le légitimisme ne peut manquer de perdre sa spécificité et d'éclater sous la forme de propositions programmatiques multiples : royalistes libéraux ou absolutistes, royalistes "*nationaux*", contre-révolutionnaires purs, etc.

Il est significatif que l'oeuvre des premiers contre-révolutionnaires, comme Joseph de Maistre, ne contienne pas de programme. Elle se contente d'affirmer le caractère inévitable du **retour du même** antérieur, tout au plus providentiellement apuré. Ces hommes ne disent pas : voilà nos propositions. Eloignés de tout "*constructivisme*", ils disent simplement : l'**expérience** enseigne et la **Providence** ne manquera pas de restaurer certains équilibres inévitables. Les moindres auteurs, à la différence de Maistre, ne découvrent pas la fonction providentielle du drame révolutionnaire. D'où la vogue de la thèse du complot, qui explique simplement l'inexplicable. La déchirure du XIXème siècle, pour ces esprits, a été de se rendre compte que leur espoir d'un retour du pendule était vain. S'explique ainsi le passage progressif au désespoir politique, au primat du religieux, voire au mysticisme politique teinté de perspectives millénaristes et apocalyptiques, qui culmineront chez Léon Bloy et se retrouvent aujourd'hui dans la sensibilité de nombreux "*intégristes*".

Cette droite vraie, répétons-le, n'est pas une politique. Elle est la pure négation du politique, le refus du volontarisme, de l'idée que la volonté et la raison de l'homme -cet être "*déchu*"- puissent **constituer** la société. Elle est renvoi brutal de l'homme à une **modestie** absolue. Tout cela éclate chez Maistre, et plus encore chez Bonald qui pousse l'anti-humanisme à son terme.

Il est patent que cette droite disparaît progressivement tout au long du XIXème siècle, avec un ample sursaut lors du développement de l'ultramontanisme (notamment dans les années 1860), parallèle à celui de l'"*inséparatisme*" du religieux et du politique (17), et lors des élections du 8 février 1871. Après cette dernière date, entre la restauration manquée et le "*ralliement*", commence une période d'érosion accélérée.

III. UNE DROITE ET DES CENTRES SANS HÉRITIERS

Il suffit d'observer les gauches du siècle dernier pour les retrouver aujourd'hui. Les exemples ne manquent pas. Ne peut-on pas considérer que certains communistes frustes -plus révoltés congénitaux que socialistes "*scientifiques*"- ont hérité de la tradition blanquiste ? que le guesdisme est aujourd'hui écartelé entre le Parti communiste et le C.E.R.E.S. ? que les "*proudhonismes*" -qui ne sont pas tous nécessairement de gauche- se retrouvent dans les diverses tendances autogestionnaires ?

Par contre, la droite du XIXème siècle -au sens strict susdit- est pratiquement morte. Sa survie n'est que résiduelle, mondaine ou littéraire. Résiduellement, elle survit dans quelques individualités originales et dans des noyaux religieux restreints. Mondainement subsiste de façon très partielle, dans les élites traditionnelles, tout un jeu social ancien, un code, mêlé toutefois de sociabilité moderne. Littérairement enfin, toutes les activités non soumises au principe de réalité -notamment la création littéraire ou artistique- peuvent puiser leur inspiration dans le monde mental, sensible, esthétique, symbolique, éthique de la droite ancienne.

(17) Stéphane Rials, op. cit., p. 41 et s.

Il faut noter que l'Action française, à son apogée, a été la plus vaste entreprise pour bâtir un corpus doctrinal et **politique** de droite. Il s'agissait de **reconstruire** avec des mots l'ineffable, le spontané, l'ordre autogénéré que nous avons qualifié de droite. C'est dire toute l'ambiguïté de la tentative. Pour relever ce qui s'était construit tout seul, il fallut appauvrir, simplifier, adopter une stratégie fondamentalement anti-traditionnelle : le "**politique d'abord**". La méthode d'Action française n'ignore pas la transcendance, mais elle en effectue un traitement utilitariste par le truchement du positivisme. L'Humanité de Comte devient la Nation de Maurras. La transcendance s'infléchit jusqu'à l'horizontale, l'immanence est idolâtrée, le Providence niée.

Il peut sembler paradoxal de formuler une conclusion également négative en ce qui concerne la filiation centriste. Les centres du XIXème siècle n'ont pourtant pas d'héritiers aujourd'hui, car ils étaient des **compromis situés**. Ces centres n'ont plus de sens en 1984. Ils n'en avaient déjà plus il y a cent ans. Ce n'est pas en rapprochant les **méthodes** que l'on peut assimiler des mouvements aussi différents au fond que le bonapartisme et le gaullisme. Quel rapport, autre que superficiel, peut-il y avoir entre un bonapartisme -conjuncturel- qui entendait enraciner en France les principes de 1789 et rendre impossible pour l'avenir toute restauration royale, et un gaullisme -tout aussi conjuncturel- dont la mission, qui reste d'ailleurs à définir, ne comporte aucune analogie sérieuse avec celle que s'était donnée le bonapartisme ? Quant à la filiation "**orléaniste**", elle est encore plus artificielle.

En fin de compte, la colonne vertébrale de la vie politique française depuis la Révolution n'est pas le prétendu rapport "**droite-gauche**", c'est la gauche. La gauche, avec la logique de son évolution. Jusqu'aux débuts de la IIIème République, il subsistait un discours alternatif au discours de gauche. Celui-ci a disparu depuis lors. Les autres, abusivement qualifiés de discours de droite, ne font que se définir par rapport à la gauche ; attitude qui, loin de conduire cette dernière à une modération symétrique, a permis sa radicalisation.

IV. LES DROITES "*SITUATIONNELLES*" SONT "*MODÉRÉES*" : ELLES NE SONT PAS DES DROITES

Il y a quelques années, M. Le Beguec, dans un article qui n'emporte pas notre entière adhésion, avait tenté très partiellement de faire un sort au concept de "*modéré*" (18). Les modérés n'ont pas de projet alternatif. Ils ne sont à droite que d'un point de vue relatif, celui de la position qu'ils occupent sur l'échiquier politique. Ils constituent une droite "*situationnelle*". N'étant pas de droite, a fortiori ils ne sont pas la droite. Ils ne sont même pas au centre, ce qui supposerait l'existence d'une droite. Ils ne sont qu'à droite de la gauche...

Lisons par exemple une interpellation d'Albert Thomas à la Chambre des députés en 1910, précisant le programme socialiste cinq ans après l'unification (19). Comment ne pas constater que presque tout ce programme a été réalisé, qu'une partie l'a été par les prétendues "*droites*", enfin que celles-ci -au moins jusqu'à une époque récente, mais même encore aujourd'hui- n'osent pas critiquer ces "*acquis*" ?

Le discours de la majorité d'avant 1981 est plus saisissant encore. Il était par exemple, comme celui de ses adversaires, favorable à la réduction des "*inégalités sociales*". Ce discours consistait simplement à énoncer trois arguments : 1°) que pour réduire vraiment ces inégalités, il fallait une économie saine (comme le disait Georges Pompidou, pourtant l'un des plus fermes, avant de redistribuer il faut produire) ; 2°) que la majorité en place était mieux à même de les réduire que la gauche (on insistait notamment sur l'énormité des inégalités en Europe de l'Est) ; 3°) que cette majorité maintiendrait **en plus** les libertés.

Il est frappant enfin de constater que les "*modérés*" n'ont pas de symbolique, pas de sensibilité alternative. Entre autres exemples, il est significatif que le R.P.R. ait adopté pour emblème le bonnet rouge dit "*phrygien*", celui même des sans-culottes et des Hébertistes de l'an II, et que Valéry Giscard d'Estaing ait dédié sa **Démocratie française** "*à Marianne et à Gavroche*".

(18) Gilles Le Beguec, "Charles Benoist, ou les métamorphoses de l'esprit modéré", Contrepoint, 1976, n° 22-23, p. 71 et s.

(19) Stéphane Rials, Textes politiques français, P.U.F., Que sais-je, 1983, p. 99-100

Le terme de "modérés" est donc juste, infiniment plus juste en tout cas, pour désigner les adversaires de la gauche, que celui de "droite". Les modérés veulent gagner du temps, pondérer, nuancer ; bref, "modérer" une évolution qu'ils jugent fatale -peut-être à juste titre, là n'est pas la question- et dont ils cherchent simplement à gommer les aspects jugés par eux les plus inquiétants ou les plus dramatiques.

V. MALAISE DANS LA VIE POLITIQUE FRANCAISE

Cette situation défensive ne va pas sans un certain "refoulement", que l'on discerne parfois en étudiant la fin du XIXème siècle. Tout un monde peu à peu se masque et sans doute intériorise la censure qui pèse sur son être antérieur. Malgré cela, le soupçon continue de peser sur les hommes qui appartiennent à ce monde évacué. C'est dans cet esprit qu'est inaugurée, au second tour des élections législatives de 1885, après le beau résultat de la "droite" au premier tour, la tactique dite "de Défense républicaine" (20). L'invective et la haine peuvent conforter la tactique. Dans son fameux discours du 29 janvier 1891 ("*La Révolution française est un bloc*"), Clemenceau s'en prenait avec une extrême violence à ses adversaires : "*Ah ! vous ne voulez pas du tribunal révolutionnaire ? Vous savez cependant dans quelles circonstances il a été fait. Est-ce que vous ne savez pas où étaient les ancêtres de ces messieurs de la droite ? ... Ce sont toujours les mêmes hommes qui se trouvent aux prises avec les mêmes ennemis ... Nous rencontrons les mêmes résistances. Vous êtes demeurés les mêmes ; nous n'avons pas changé. Il faut donc que la lutte dure jusqu'à ce que la victoire soit définitive*" (21).

Aujourd'hui le soupçon n'est pas tout à fait balayé, ni le démon exorcisé. C'est pourquoi le discours des gauches est toujours moralisateur, comme s'il s'adressait à des "déviant" profonds. C'est pourquoi également les modérés sont toujours aussi empressés à s'affubler des oripeaux de la gauche, notamment dans le choc de leurs symboles et de leurs références historiques.

(20) Odile Rudelle, *La République absolue*, Publications de la Sorbonne, Paris, 1982.

(21) Cité dans Stéphane Rials, *Textes politiques...*, p. 81-83.

Il serait absurde toutefois de se dissimuler la complexité du problème. Car au fond, combien de Français approuvent l'acte fondateur par excellence de la République, l'exécution de Louis XVI, horreur délibérée, parricide d'une portée incalculable voulu par les Jacobins ? Et comment oublier que l'acceptation de la République après Sedan aurait été moins facile sans le sacrifice -antithétique et régulateur- de la Commune par Thiers, cet autre acte fondateur qui, aux yeux des hésitants, a purgé le régime de sa composante révolutionnaire ? Comment ne pas mesurer le fossé qui sépare, chez bien des individus bénéficiant d'un certain statut social, l'étroit conformisme des discours publics et la hardiesse de propos privés qui détonnent souvent par rapport à l'idéologie dominante et vont parfois -à tort- jusqu'à l'acceptation de l'étiquette "*de droite*" ? Comment enfin ne pas discerner dans le caractère conflictuel -plus conflictuel, par exemple, qu'en Amérique- des rapports sociaux en France dans certains domaines essentiels (l'école, par exemple) les séquelles d'une fracture ancienne qui, "*réduite*" par la disparition de la droite, n'en subsiste pas moins de façon latente et presque lancinante ?

VI. VERS UN DISCOURS DE RUPTURE ? LE LIBÉRALISME INTRANSIGEANT OU LE RETOUR DU REFOULÉ

La disparition de la droite et des centres du XIX^{ème} siècle (légitimisme d'une part, orléanisme et bonapartisme de l'autre) s'explique en grande partie par le renouvellement des "*bourgeoisies*". Les grandes familles du XIX^{ème} siècle étaient discréditées sous la III^{ème} République par leurs compromissions avec les régimes précédents. L'avènement des "*couches sociales nouvelles*" appelées par Gambetta se réalisa pleinement. Il ne cesse de se parachever chaque jour. Ce phénomène d'une ampleur sans précédent signifiait la disparition progressive de couches sociales structurées et différenciées, soutenues par un système juridique tacite les distinguant les unes des autres, en bref la fin de la bourgeoisie qui aujourd'hui n'est plus une classe mais pratiquement une "*non-classe*" où l'on inclut abusivement ce qu'il conviendrait plutôt d'appeler une énorme classe moyenne. Un discours alternatif "*de droite*" aurait supposé un support social composé d'individus croyant à la nocivité du système existant. Or les couches sociales nouvelles de Gambetta, les boursiers de la République, les nouveaux

riches, les anciens artisans devenus entrepreneurs, les cadres d'aujourd'hui surtout ne se trouvent pas dans une situation antithétique par rapport à la société qui les a placés où ils sont. Instinctivement, leur sympathie va à cette société régie de plus en plus par le système de la noria dont ils reconnaissent la légitimité. Dès lors, pourquoi adopter un discours antithétique, a fortiori un discours de refus ?

Une "nouvelle droite"

Pourquoi le libéralisme exigeant n'a-t-il pas pris en France ? Pour des raisons complexes, au premier rang desquelles on placera la convergence partielle entre la dominante gauchisante de notre politique et le catholicisme social de la droite du XIX^{ème} siècle (prolongée par la démocratie chrétienne) qui, dans sa haine de l'argent, du bourgeois, dans sa volonté de restaurer une société traditionnelle, a fini par croire au "*constructivisme*" étatique et s'est fait largement -et historiquement- duper.

C'est pourquoi il convient d'observer avec intérêt, à l'occasion de l'expérience de gauche commencée en 1981, le développement rapide, dans d'assez larges fractions des élites modernes, d'un libéralisme radical qui rompt de façon spectaculaire avec les habitudes de pensée nationales. Il ne s'agit pas d'une renaissance de la droite ancienne (au sens défini plus haut), bien qu'il y ait avec cette dernière de larges intersections -l'oeuvre de Hayek en est la meilleure illustration (22)- sur quelques points fondamentaux comme le refus du rationalisme "*constructiviste*", la croyance dans la possibilité d'un "*ordre autogénéré*" optimum s'il n'y a pas d'interférence du volontarisme humain, et, plus profondément encore, l'idée de droit naturel. Voire la conception de la chute de l'homme -même si Hayek n'en parle pas explicitement- fondant son incapacité à maîtriser l'ensemble des éléments de son destin. Il suffit de relire Burke pour comprendre la façon dont peuvent ainsi s'articuler un libéralisme profond et un traditionalisme vécu.

Le discours libéral radical -celui de "*l'Etat minimal*" ou celui, plus intransigeant encore, des "*libertariens*"

(22) Voir notamment Droit, législation et liberté, ce chef-d'oeuvre publié aux P.U.F. de 1981 à 1983 (coll. "Libre échange", 3 vol.).

(23)- n'est pas "*modéré*". Il est alternatif. C'est un immense refus du **trend** du dernier siècle, ce refus permettant de réconcilier des personnes venues d'horizons divers et qui souhaitent simplement pouvoir y retourner en échappant à l'étouffante tutelle de l'étatique et du collectif. Pour s'acclimater en France, ce discours alternatif ne pourra être qu'individualiste -à la différence du discours de droite du XIXème siècle- et refléter les préoccupations d'une société libérale qui, une fois disparues totalement les traces de hiérarchies anciennes qui subsistent çà et là, pourra être qualifiée -à l'image de la société américaine et toutes proportions gardées- de société sans classes, au sens strict du mot "*classe*".

Face à la droite "*situationnelle*" des modérés, qu'elle paraît investir partiellement aujourd'hui, une vraie "*nouvelle droite*" est peut-être en train de se développer, bien distincte de la secte qui revendique cette appellation depuis quelques années.

(23) Voir notamment Pierre Lemieux, Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme, P.U.F. coll. "Libre échange", 1983, et Henri Arvon, Les libertariens américains, même collection, 1983.

Dépôt Légal 1er Trimestre 1984

N° I S S N 0249-8731